3 1761 08318782 3

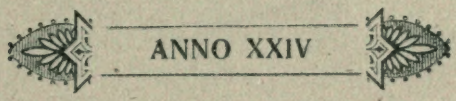
BINDING LIST JUL 1 1922

Law
R.
Recife. Faculdad de Direito

Revista Academica

DA

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE



ANNO XXIV

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

Commissão de Redacção

Dr. Adolpho Cirne. Dr. Laurindo Leão.
Dr. Virginio Marques
Dr. Joaquim Amazonas. Dr. Octavio Tavares.

1916

174234
2/10/22

PERNAMBUCO — BRAZIL
IMPRENSA INDUSTRIAL
78 — Rua Visconde de Itaparica — 82
RECIFE — 1917

K
A1 R2975
anno 24-26

A questão da pena; Theorias da punibilidade e da pena; Sua evolução; Suas classificações; Movimento humanitarista e systemas penitenciarios; Individualisação da pena e liberação condicional; Patronato; Regimens penitenciarios.

Systemas de punibilidade

A punibilidade do crime tem variado no tempo, mudando-se os processos, as provas, os crimes e as penas; mas chegou o momento da sua maior variação, trazida não pelos costumes mas pela interpretação radicalmente nova de todos os seus elementos, que é a da escola positiva.

Por menos procedente que ella seja, por mais antagonica que pareça ás tradições, foi iniciada por um homem de genio, Lombroso e collaborada por talentos de primeira ordem Ferri e Garofalo, e estudada por myriada de espiritos sadios e esforçados, que em todos os paizes civilisados, encantam-se com a innovação e cooperam na idea, esmerilhando a questão com os recursos mais consideraveis das sciencias biologicas e bastantes das psycholo-

gicas e sociologicas; e assim deve imprimir uma orientação nova ás questões que viviam entregues ás soluções quasi ingenuas da tradição.

Assim pelo systema tradicional de punibilidade punia-se o crime pela responsabilidade, excluindo-se da punição os auctores irresponsaveis, pela gravidade do delicto, punindo severamente os assassinatos etc e ligeiramente os espancamentos etc, e pelas circumstancias augmentando a pena na perversidade do agente manifesta nas circumstancias aggravantes e ao contrario reduzindo-a na falta desta perversidade manifesta em circumstancias attenuantes.

O systema revolucionario poz como primeiro lemma da punição, a natureza ou classe de criminosos, com que anda em volta um tanto obscuramente a temibililade do criminoso pois não deriva só da classe mas tambem das circumstancias que devêram chamar aggravantes, e ainda o motivo determinante que se escapa das circumstancias vae constituir o crime, sem attinencia com a materia especial da punição etc.

Por mais ingenuas porem que fossem as soluções da escola tradicional, desses tempos em que as sciencias ainda não se tinham elevado á altura de fornecer uma orientação scientifica ás questões penaes, é preciso reconhecer na tradição o caracter natural de todos os phenomenos sociaes, que não se cream d'uma vez como Minerva pela cabeça de Neptuno.

Si o Estado, si a sociedade, si a familia, si o direito em fim, ou o phenomeno que é por

elle regulado, tem uma vida que pode ser apenas melhorada por um processo de selecção artificial, a exemplo dos cruzamentos de animaes operados pela vontade do homem, isto tem um limite e não podem ser destruidos para ser reconstruidos porque tudo isto é parte ou circumstancia da vida humana, principalmente no seu aspecto psychico, que não pode ser alterado, a não ser por processo de educação, encaminhando as energias para um mais conveniente.

A consequencia é que a escola revolucionaria quando procede é que chega por processos diversos ao mesmo resultado da tradicional. Assim como a tradição ella não pune os irresponsaveis antigos, os loucos e as crianças, destinando os primeiros aos manicomios e os segundos, qualquer que seja a divergencia neste ponto ás casas de educação. O que ha é uma cousa que faz rir: o reconhecimento do facto, sem a denominação de responsabilidade que os positivistas repellem mudou-se para normalidade com Poletti, um tanto atrapalhada pela determinabilidade dos motivos em Liszt e cousas semelhantes em outros, como a normalidade dos neuronos de Grasset, etc; mas elles ainda recusam. Querem exceptuar os loucos e os menores da punição mas não querem que se diga que punem se os normaes ahi comprehendidos os sãos e os plenamente desenvolvidos. Como se vê porem ninguem vae atraz dos cegos que não querem vêr e vão-se punindo os responsaveis.

Mesma cousa quanto á superposição da temibilidade do crimionso á gravidade do delic-

to; onde ha uma inferioridade na escola revolucionaria e o proprio Ferri reconhece que não se pode deixar de lançar a pena de accordo com a referida gravidade, ao contrario punir-se-ia de morte o furto d'um alfinete por ser perpetrado por um criminoso nato e punia-se por dias o assassinato dum homem, por ser realisado por um criminoso occasional, isto é, far-se-ia um disparate se não fosse uma crueldade que deveria ser punida. Logo antes da temibilidade do agente é preciso attender á gravidade do delicto como é tradicional. Depois essa temibilidade é o resultado da circumstancia aggravante da tradição um tanto atrapalhada pela classe de criminoso, de novo, de modo que uma vez é má e outra não, por exemplo, a superioridade em armas torna punivel o criminoso nato mas não o occasional!

O que se vê porem é que a escola naturalista, no seu afan, de combater a espiritualista, á que estava entregue a interpretação da punibilidade dos delinquentes, por falta absoluta doutra gente, nesses tempos de materialismo escasso e phenomenismo nullo, tomou a instituição social como seu producto, quando ao contrario o espiritualismo era effeito do meio, e atacou-a nas suas linhas sociaes, enquanto devera atacar unicamente a sua interpretação espiritualista, deixando subsistir a tradição. Mais um pouco de extensão do processo ou de coherencia nos materialistas e teremos de assistir ao combate á familia porque o homem é polygamo como querem os physiologistas (Mantegazza etc) ou porque o amor ha de ser livre.... Mais outro passo adiante e assisti-

remos ainda ao combate contra o Estado já travado pelos nihilistas e anarchistas, communistas e certos socialistas.

Theorias da pena, no seu conceito e fundamento: religiosa (expiatoria), juridica (repressiva), moral (emendadora), utilitaria (preventiva), repressiva (eliminatoria).

As ideias de conceito e de fundamento da pena apresentam pehnomenos inversos nas escolas. Emquanto na classica o conceito pode-se considerar como uno —soffrimento infligido ao criminoso, —e as rasões ou fundamentos que dão a esta concepção são diversos, religioso, juridico, moral e utilitario, na positiva a rasão justificativa da punição é una, a defesa social, ao passo que o conceito da pena, um tanto incoherentemente, alem da logica reacção contra o delicto, é tambem subsidiariamente o de remedio para curar o doente criminal que não é então o criminoso mas o organismo social, onde elle representa um orgam gangrenado que é preciso ser extirpado.

A escola classica tem um conceito da pena que vale por todos os mais e é por isto geralmente reprodusido que é o formulado por Grotius: *malum passionis quod infligitur ab malum actionis* (mal infligido ao delinquente pelo poder social em rasão do seu delicto.)

Quando porem a escola procura justificar esse conceito ou pesquisa os chamados fundamentos da pena, que são antes as funcções da

mesma, surgem divergencias que costumam elegantemente distribuir em tres grupos, symbolisados pelas phrases latinas —*quia peccatum* —*ne peccetur*— e sua combinação —*quia peccatum et ne peccetur* mas que em realidade abrangem mais duas formas uma que se pode representar por *ut emendatur* e outra por *quia damnatum est* que na ordem exposta são as theorias religiosa, utilitaria, mixta, moral e juridica.

A theoria religiosa justifica o mal infligido ao criminoso em expiação da sua falta para purificação d'alma, conforme á volição divina: *punitur quia peccatum est*.

Esta concepção deve ser primitiva porque a religião irrompe entre os mais atrazados dos selvagens actuaes imprimindo aos seus phenomenos naturaes um caracter mystico, falseando sua interpretação e atrapalhando o seu curso natural, com as suggestões da superstição. Vemol-a consideravelmente avolumada entre os egypcios no julgamento dos mortos onde a casta sacerdotal arrogava-se a autoridade da justiça e exercia consideravel influencia sobre os reis que com medo da condemnação *post-mortem* deixavam-se governar pelos padres em vida. Segundo Liszt esta orientação influio ainda em Platão e Leibnitz que lhe deram roupagens pantheistas, tornando-se espiritualista em Protagoras, S. Coccejii, Jarcke e Stahl. Foi a theoria dos padres da egreja catholica e reis auxiliares, nas perseguições religiosas, em que os barbaros da edade media á moderna esquecendo a bondade a piedade e a probidade pregadas pelos marty-

res do christianismo inventaram os crimes phantasticos do atheismo, da heresia, da blasphemia, da simonia etc e com elles as penas que só os demonios do *Inferno* de Dante, lhes reservam queimando á fogueira, á oleo e á agua quente, esquartejando, comprimindo, distendeido, como as de outras religiões tinham empalado, crucificado, arrastado etc, trucidando de mil modos a creaturas innocentes ou puras, só porque tinham a audacia de pensar, como foram Bruno, Campanella, Savonarola; Servet, etc ficando em meio o processo contra Galileu Kepler etc á exemplo do que o paganismo tinha feito com Socrates e iniciado contra Aristoteles, Protagoras, Anaxagoras, Theodoro o atheu, Diogenes de Apollonia, fugidos, ou porque tinham a coragem de reagir contra soberanos tão malvados como esses padres, o que então enche os annaes da Inquisição, o *livro negro da humanidade* onde não se contam só mortes de individuos mas de povos como aconteceu nos Paizes Baixos condemnados por Philippe II de Hespanha e executados pelos inquisidores, quando a rasão dessa ferocidade requintada do homem *civilisado*, não foi a hypocrisia dissoluta denunciada pelo historiador Alexandre Herculano em Portugal, para não fallar na universalisação do phenomeno em Mauricio de La Chatre.

Esta theoria porem tende a desapparecer porque a liberdade moderna vae alheando o Estado ás ligações religiosas, garantindo ao mesmo tempo aos individuos a independencia do pensamento.

A theoria juridica que indevidamente se

symbolisa no *quia peccatum* quando deve ser no *damnatum* justifica o mal infligido ao criminoso em castigo do seu crime, isto é, do soffrimento infligido a sua victima.

E' tambem primitiva porque originou-se da vingança que é um sentimento animal que o homem tem desenvolvido portanto no seu estado primitivo, como o attestam os selvagens da actualidade e passou á justiça dos Estados constituidos como a antiga retribuição do mal pelo mal do talião que medio a ultima phase da vingança, tanto quanto é possivel proporcionar a pena ao crime.

Parece ter essa idea apparecido com Pythagoras um tanto confusamente pelas suas theorias, religiosa da metempsychose e moral da virtude, harmonia do homem e imitação divina.

Socrates arreda-se disto fazendo a virtude consistir na sabedoria, mas Platão volta á idea pythagorica dando ás virtudes da temperança, da coragem e da rasão, por principio a sabedoria mas por unidade a justiça; e Aristoteles tambem classificando as virtudes em amizade e justiça. Zenon de Citium multiplica as virtudes, com resignação, piedade, cosmopolitismo, direito natural e justiça. Só d'ahi por diante a justiça deixa de ser uma virtude que é para Seneca a direcção da consciencia, para Marco Aurelio a resignação religiosa, para Bruno o amor, para Campanella a grandesa d'alma, para Descartes a generosidade, para Malebrande o amor á ordem, para Spinosa a intrepidez, a generosidade e a liberdade (vi-

ver conforme á rasão) e para Leibnitz o amor ou gozo pela felicidade d'outrem.

Foi Dante que apoz Pythagoras conceituou a justiça como uma proporcionalidade; mas foi Kant que interpretou a punição, como uma retribuição á falta, sob a medida do talião, que foi eliminado por diversos Welker, Zachariæ, Binding, Hepps, Wachter; Mamiani, Pessina, Guizot, Rossi, que a conceituou como a reciproca do crime mudada para estabelecimento do equilibrio social por Loning e Herold e combinada com a theoria moral por Broglie e F. Helie.

A theoria moral que ainda indevidamente se symbolisa no *quia peccatum* quando devêra ser *ut emendatur*, pois visa a correcção do criminoso, veio de Socrates e teve a collaboração accidental de Platão mas dominou em Paulo que disse *poena constituitur in emendationem hominum* e em Mancini para quem a pena restaura a ordem moral nos limites das necessidades sociaes.

A theoria utilitaria preventiva que ao contrario dá por fim a pena a prevenção do crime futuro, pela intimidação do criminoso e exemplaridade dos mais homens appareceu lateralmente é verdade com Platão e tornou-se definitiva em Aristoteles, Cicero, Seneca, Aulu Gele, Quintilianus e sobre tudo Ulpianus que disse *quod quidem faciendum est ut exemplo deterriti minus delinquant* donde veio a Beaumanoir, Ayrault, Bouteiller, Bentham, Servin, Romagnosi, Carrara, Luchini, Frenk, Schulze e Martin, segundo Liszt.

A combinação, da punição com a preven-

ção que foi realmente a idea de Platão, bem como a de Grotius não obstante seu lado contractualista, consiste em fundar a pena não só na expiação moral, como na restauração da ordem universal, dando-lhe ao mesmo tempo fins da intimidação do criminoso e da exemplaridade dos mais homens, ou simplesmente em combinar a prevenção com a retribuição como fazem Abegg, Grohmann, Henke, Trendelenburg, Geyer, Heffter Merkel, Loning, Berner, Zierbarth, Wahlberg, segundo ainda Liszt; é a justiça enquanto util. Rossi dá a utilidade social como limite a justiça; e como elle Rauter, Bertauld, Trebutien, Ortolan, Carmignani quer a utilidade moderada pela justiça e Carrara diz reintegração da tutella juridica, não obstante ter como Rousseau, considerado a pena um meio de defesa individual que o contracto primitivo passou para o Estado, que em seguida a exerce directamente, o que porem não satisfez a Romagnosi, que viu na pena somente uma defesa indirecta ou mediata.

Alem dessas theorias existem excentricidades, de contracto do delinquente com a sociedade, originada de Aristoteles, resurgida em Grotius, e mais contractualistas, Rousseau, Beccaria, Fichte, Schopenhauer, Laistner etc, da negação do delicto pela pena, do mesmo modo que o crime é a negação do direito, d'onde resulta ser a pena reaffirmação do direito porque duas negativas valem uma affirmativa, que é a idea de Hegel; de seu caracter esthetico afinal que é o fundamento da pena para Herbart, etc; todas as quaes já são hoje ar-

chaicas, por ter passado a moda dessas phantasias nas sciencias, chegadas todas ao regimen do empirismo moderno; de modo que só estão de pé luctando pelo triumpho de suas veracidades as primeiras justificações da pena, as que não são aberrações das vias normaes do pensamento, ainda que aqui filiadas a uma doutrina que partiu antes do coração que da cabeça, o espiritualismo; porque fundamento é interpretação theorica da causa da punição.

A escola positiva por sua vez define a pena como um conjuncto de meios empregados pela sociedade na sua lucta contra o crime (Ferri), ou como um remedio do corpo social (Ferri ainda), reputado o criminoso um orgam doente; e da-lhe como rasão justificativa ora um principio harmonico com o primeiro fundamento, a defesa social, suggerida lateralmente por Aristoteles, e reprodusido por Beccaria, como directa e pelo Romagnôsi como indirecta etc. ora um principio desharmonico com esse fundamento que é de todos os seus collaboradores, o qual é a natureza morbida do criminoso (Lombroso e Ferri), resalvada o salto pela molestia, conjuncta da sociedade.

Ferri, reputando futilidades todas essas ideas da escola classica, de castigo do criminoso por providencia divina, satisfação da vingança humana, emenda do criminoso, retribuição pela justiça, intimidação do criminoso e exemplaridade dos mais homens (prevenção), por inefficacia da punição e cousas semelhantes; e considerando a pena como um processo de reacção social em funcção da defesa da so-

ciedade e ao mesmo tempo como um remedio dado ao organismo social que soffre com o criminoso como um grangenado com o orgam apodrecido, depara-se unicamente com a eliminação do criminoso pela pena, como se fôra uma extirpação, mas que não deve ser pela condemnação á morte, que seria a unica logica; e passando a sua orientação therapeutica, sóbe logo á hygiene social, realisada pelas penas preventivas, que serão verdadeiros processos de preservação social contra os crimes imminentes onde a sociedade em vez de punir o crime previne-o, como são a cunhagem da moeda metallica para o crime de moeda falsa, a pratica de medicina por mulheres para acabar os attentados ao pudôr, o uso do divorcio para extinguir os uxoricidios, adulterios e bigamias etc; de modo que a pena deixa de ser um soffrimento (!!) do criminoso que a sociedade não procura, para se circumscrever a impossibilitação do crime pelo criminoso, e o individuo é encarcerado por toda a vida, transportado a uma colonia por igual tempo, não em castigo que se desconhece, não sabe o que é, mas para que não réprodusa o facto criminoso! Ora isto é mesmo não querer ver! Porque nos crimes ligeiros procede-se ligeiramente ou encarcera-se o criminoso por pouco tempo? Será porque seu remedio é mais prompto elle fica facilmente curado, ou porque a sociedade não liga á molestia e não faz questão de receber novo ataque do seu inimigo?

Tudo isto era simplesmente ingenuo si não fosse teimoso, obstinado, resultante do propo-

sito unico de fazer systema, de innovar, de sobrepor sua personalidade ás dos cultores da sciencia passada.

Garofalo, definindo a pena como uma reacção eliminativa, effeito socialmente necessario da acção do delicto, no que se justifica o principio *punitur quia peccatum*, porque a sociedade tem como os organismos physicos, leis invariaveis que são condições de sua existencia, eliminação que tem por fim conservar o organismo social por extirpação dos seus membros inidoneos, no que se justifica ainda o principio *ne peccatur*, da-lhe como problema distinguir os delinquentes typicos e inassimilaveis dos criminosos que são susceptiveis de adaptação, para eliminar os primeiros absolutamente e os segundos relativamente, mudando-os de meio; e em todos esses processos encontra intimidação, como acto reflexo producto da naturesa das cousas, de modo que não é preciso recusar á pena toda acção preventiva, mas tambem não se deve preoccupar com isto d'um modo particular.

A questão entre as duas escolas está toda assim principalmente num ideal muito louvavel de combater as atrocidades commettidas pelas punições, baixando os Estados ao nivel de criminosos ainda mais perversos, temiveis e assim puniveis que os natos; e num ponto de vista divergente que é ora a inefficacia da pena para preservar a sociedade pela intimidação e pelo exemplo e efficacia para preserval-a pela defesa, ideas assim contradictorias; e ora a reproducção da excommunhão catholica (influencia do meio italiano) contra as no-

ções mais fundamentaes do direito, como é a idea da justiça e mesmo as da moral e da vingança, que são tão naturaes ao individuo quanto a defesa e a justiça são á sociedade, representando uma o legado animal que pelo menos até hoje vive ao lado da funcção de conservação e outra a acquisição humana que a sociedade sobrepoz á funcção animal da reproducção.

Passemos a escola critica.

Prins conceituando a pena como o soffrimento que o Estado impõe a quem violou as leis penaes e sempre realisa-se em proporção do estado economico e politico da sociedade, approxima-se da classica como tambem o faz nos caracteres da pena que deve ser pessoal, efficaz, exemplar, reformadora, reparavel, e ainda no fundamento da pena que para elle é complexo, cura dos doentes criminosos, repressão dos adultos maus, reforma dos adultos bons, emenda dos jovens; tomando aos naturalistas apenas a idea da superioridade dos meios preventivos que chama hygienicos sobre os meios repressivos, que denomina therapeuticos pois até as penas eliminatorias, a de morte de Garofalo e a de transportação de Ferri, elle combate.

Liszt, definindo a pena como um mal que por intermedio dos orgams da justiça criminal, o Estado inflige ao criminoso, em rasão do delicto tambem se approxima da escola classica, o que mantem na theoria do fundamento da pena finalistica que é a prevenção dos classicos, isto é, a intimidação do criminoso mais a exemplaridade dos outros homens,

parecendo tomar á naturalistica a manutenção da ordem juridica, e portanto a conservação do Estado, bem como a consagração sem protesto da pena de morte, tudo o que entretanto já a mesma escola foi buscar na classica.

Só Alimena occupa aqui uma posição intermediária ás duas escolas extremas, caracterisando a pena no *Direito penal,* como afflictiva, emendadora, individual, elastica, (adaptavel a todos os casos), reparavel, legal, igual (para condições identicas), certa e justa o que a approxima da classica, dando-lhe por fundamento a defesa social nos limites da justiça, o que elle toma, como se vê a ambas as escolas, e assignando-lhe dois fins, o mediato da ameaça para exemplo de todos os homens e o immediato da segregação do delinquente para não lesar a sociedade que são o primeiro da classica e o segundo da positiva; mas neste ultimo caso mesmo elle liga-lhe o fim da emenda do criminoso.

Mesmo processo em Saleilles que define a pena, politica de defesa social adaptada á justiça... que deixou de ser um mal por um mal, tornando-se um meio para o bem.

O ecletismo de Alimena porem precisa ser mais estudado. Nos *Limites e modificadores da imputabilidade* elle funde a defesa social com a responsabilidade individual ou moral: "A penalidade é uma defesa social realisada mediante a coacção social, ficando na consciencia individual o sentimento desta coacção. A responsabilidade moral (imputabilidade) é assim o aspecto interno da responsabilidade social que tem os proprios irresponsaveis

moraes, com a differença apenas dos irresponsaveis moraes não terem a capacidade de sentir a coacção psychologica. Em seguida restringe (illogicamente) a punição aos responsaveis moraes (criminosos occasionaes, passionaes e habituaes), ficando aos mais apenas a applicação da defesa social porque são responsaveis e a responsabilidade não é attenuada pela semiloucura". Donde se vê que era melhor não ter admittido responsabilidade (social) do irresponsavel (moralmente).

"A defesa social, continua Alimena, differe dos outros meios de defesa social, em não agir como força material mas como determinante moral, na consciencia... pela ameaça que faz dum mal", de modo que a eliminação do louco nada tem que ver com a funcção juridica propriamente dicta que tem por objecto homens capazes de sentir a influencia dos motivos determinantes. Sua influencia não é tanto eliminar os delinquentes refractarios, como conter muitos homens que sem estes determinantes se deixavam ir a commetter delictos.

A sociedade se defende contra os loucos, mas não se concebe uma legislação que leve um determinante efficaz á alma perturbada dum alienado. Sem duvida o louco pode soffrer uma intimidação immediata sobretudo si é feita com um grande apparelho de forças, mas não sente a ameaça geral contida n'uma lei que prohibe certas cousas e permitte outras."

A defesa social tem assim dois aspectos (meio confusos), um dos quaes age exteriormente contra todos os criminosos mesmo con-

tra os que são loucos, fazendo-os responsaveis sociaes; e outro age só interiormente, quero dizer na consciencia individual dos responsaveis moraes, ahi não comprehendidos os loucos, pelo sentimento da coacção. E' o caso de puro ecletismo que nada adianta. Pune-se quando o individuo é responsavel e não se pune quando é irresponsavel pune-se porque deve soffrer quem fez soffrer: e cura-se o doente que pelo precedente ameaça continuar a fazer mal aos outros; e mais nada.

Melhor fez Dubuisson, segundo citação de varios auctores, julgando a punição causa da responsabilidade, pois ainda que ella seja coeffeito desta, a força de estar unidas, são correspondentes, e em seguida, pelo menos actualmente depois da correspondencia estabelecida, uma influe sobre a outra e com verdade elle poude dizer que o "homem é capaz de resistencia a suas inclinações precisamente porque elle pode ser punido, porque existe uma penalidade; e é porque existe uma penalidade que o homem sufficientemente intelligente deve ser considerado responsavel por seus actos esta penalidade sendo a influencia compensadora lançada pela sociedade na balança das inclinações humanas.

Si o alienado podesse ser mantido no dever pelo temor não ha sociedade, por mais extranha que possa parecer que consentisse em poupal-o..."

O que Dubuisson alcança pela lei, Liszt obtem pelo determinação: "Enquanto a capacidade de determinar-se que incontestavelmente possue o o homem normal não poder

ser contestada a possibilidade de determinar o delinquente por meio da pena fica subtrahida ao conflicto das opiniões e a culpa, a responsabilidade pelo resultado tem suas bases fixas e inattacaveis.

Mais um passo e cahe-se na theoria juridica da moral tão affirmada por Bain, derivando a consciencia moral dos sentimentos determinados pela acção das leis sobre os individuos, ao contrario da theoria moralista do direito affirmada por Affolter etc.

Para mim o conceito da pena não pode deixar de ser o classico do soffrimento do criminoso, infligido por auctoridade publica, em rasão do delicto, porque a pena representa a antiga vingança do offendido e dos seus parentes, que é um phenomeno deslocavel para a autoridade publica mas não eliminavel do homem, e sem este soffrimento a vingança que a pena calou resurge tremenda e anarchica como foi, e porque não pode haver pena sem soffrimento por minimo que seja pois a prisão, qualquer que seja a sua especie é um cerceamento da liberdade que para o homem civilisado que saborêa os gosos da vida é um dos peiores soffrimentos. Apenas pode-se eliminar das penas o caracter antiquado de tormentosas ou afflictivas, que é incompativel com o homem moderno moralisado, pelo menos numa parte da sociedade.

E' por isto que Guyau quer que ella realise o *minimum* de soffrimento e o *maximum* de defesa social.

Quando muito pode-se reunir a esta funcção primitiva da pena suas funcções posterio-

res e dizer que a pena é um soffrimento imposto ao criminoso não para tortural-o, mas para reformal-o e si isto não é possivel, para o impossibilitar de continuar a sua practica criminosa e exemplificar aos outros homens. E' a idea de Cuche no *Tratado da sciencia e da legislação penitenciarias* 1905, não obstante definir a pena como uma reacção da sociedade contra o auctor d'um crime, porque accrescenta que a reacção penal consiste essencialmente num mal infligido ao auctor do crime e o progresso nessa ordem de ideas tende não a supprimir o soffrimento mas em utilisar no interesse commum do delinquente e da sociedade... em conceber o soffrimento muito mais como um meio que como um fim... de modo a ser utilisado o mal da pena retirandose outra cousa que um simples resultado de soffrimento e de punição... e preponderando a prevenção individual sobre a prevenção collectiva, pela maior somma de certesa e de precisão e pelo espirito publico... de modo que a intimidação da pena vae decrescendo, mas o que a prevenção collectiva perde assim dum lado é obtido doutro lado pela segurança da repressão e a sciencia penitenciaria é o processo practico inspirado pelos varios ensaios de utilisação de soffrimento penal.

Tudo isto é a verdade porque a pena quando maior soffrimento não seja é a privação do patrimonio, o cerceamento da liberdade etc que infligidos aos criminosos os privam pelo menos durante o tempo em que estão presos, continuar a pratica criminosa e dão a conhecer aos mais homens o que lhes acontecerá

em caso identico; mas a vista da moralidade moderna deve ficar nisto sem um elemento de tortura.

A divergencia da escola positiva negando á pena a funcção intimidante individual tem uma procedencia em relação aos criminosos incorrigiveis, que todos conhecem e onde a funcção desapparece, ficando apenas a collectiva de eliminação do criminoso, tem uma excepção admittindo-a nos criminosos menores que para ella devem ser educados e não punidos e tem uma contradicção em relação aos criminosos corrigiveis que todos os criminalistas da escola reconhecem e cuja punição deve consequentemente ser uma correcção para que a sociedade não precise mais tarde eliminal-os por ter perdido a occasião de reformar o seu caracter. A divergencia da mesma escola quanto á funcção intimidante social da pena, negando a exemplaridade, isto é, a influencia benefica da pena sobre os mais homens, quando reconhece que homens existem que não são fatalmente impellidos ao crime é mera teimosia, sem sentido.

O fundamento da pena deve ser distincto em positivo e racional.

O positivo é o crime cujos elementos ou caracteres determinam a punição:

1) Acto imputavel isto é, de sujeito responsavel que previa as consequencias do seu acto, portanto a sua punição e praticou-o, e que tinha o poder inhibidor ou detentor do mesmo acto e não o impediu.

2) Acto lesivo de direitos, isto é, da vida, saude, honra, propriedade, liberdade do ho-

mem, ou da existencia, conservação, integridade, propriedade etc do Estado e mais pessoas moraes, privando-os de direitos necessarios, fazendo-os soffrer por isto, levando á sociedade a que pertence a desordem, que si não é reprimido a destroe.

3) Acto doloso, isto é, feito com intenção criminosa de realisar a lesão, que o faz um individuo malvado, que se delicia com o soffrimento alheio, e que pode mesmo ser perverso por falta de todo sentimento ou mesmo por ferocidade nata e em seguida deve ser castigado desde que faltou um constrangimento.

4) A prohibição penal que advertia-o.

O fundamento racional da pena, é a rasão pela qual o auctor responsavel dum crime deve ser punido, desde que esteja comminada pena pelo codigo, ao mesmo etc. Ora isto é o mesmo que pesquizar a rasão pela qual a sociedade se constituiu em Estado, e os homens em outras associações e os seres de sexos differentes em familia: a necessidade natural, a finalidade funccional etc.

Então a historia da punição intervem e diz-nos que antes mesmo do Estado constituido, nas selvagerias primitivas como nas actuaes existe a punição, pelo sentimento da vingança; que o Estado submettendo os homens á disciplina dos costumes e leis substituiu-a pela composição e reapparecendo o brio e a energia do cidadão incompativeis com esta substituição operou-se a pena, alem disto necessaria á conservação social afrouxada na composição; que da pratica desses actos, como dos congeneres nos conflictos civis, surgiu a idea depois

transformada em sentimento da justiça; que do regimen das penas afflictivas com a formação da moral por esse e outros sentimentos, o homem passou ás penas strictamente cerceadoras da liberdade, mal necessario; que com o desenvolvimento da sciencia viu-se que as creanças em vez de serem simplesmente reprimidas, peiorando e na sahida das prisões tornando-se criminosos penitenciarios, é melhor educal-as e que os adultos tambem podem assim ser reformados; e desde que a sociedade sempre foi assim constituida é para temer-se que deixe de sel-o, abolindo a pena, parecendo que esta tem um effeito preventivo do exemplo sobre os mais homens, attestado mais ou menos por augmentos de delictos com a reducção da pena; e conclue-se que tudo isto é verdadeiro, que a pena se funda na vingança, na justiça, na emenda do criminoso, no effeito da prevenção do crime, e na conservação social que se pode comparar á defesa do individuo mas sem seus caracteres, phenomeno *sui generis* consistente em actos preparatorios como a construcção de navios de guerra, fortalezas, formações de exercito e previos armamentos.

Não sei é como sendo a sociedade um phenomeno complexo e natural se queira redusir a pena a mero phenomeno de qualquer especie e de caracter artificial, capaz de ser inteiramente modificado no sentido de realisar o pensamento dum auctor qualquer, aliás tão diversificado, de modo que a se attender a todos fica ella destruida pela impossibilidade do accordo.

Toda essa divergencia porem não tem

grande importancia até para a idea fundamental, a prevenção.

A prevenção que é o ponto capital da pena é mais ou menos reconhecida por todos, porque esta efficacia da pena não é absoluta como o mostrou Prins, dizendo que si ella fosse completa na prisão não haveria augmento da criminosidade na Europa actual, talvez devido ao conforto e ao luxo que tirou o caracter intimidante; e si fosse na execução da pena de morte, o crime teria desapparecido dos paizes barbaros, onde os corpos dos salteadores eram pendurados aos postes das estradas.

Ferri que diz a pena só ter utilidade negativa que é menor do que se pensa, convem em que as consequencias da impunidade são muito graves e lesivas; e Garofalo escreve que não é preciso recusar á pena toda prevenção geral ou indirecta, porque quando a pena responde ao seu verdadeiro fim de repressão, o acto reflexo da intimidação produz-se sempre pela naturesa das cousas sem que seja necessario preoccupar-se disto dum modo particular.

Deste modo a pena é mau grado seu, da escola, um soffrimento infligido pelo Estado (em defesa propria), e que de algum modo (aliás imprescindivel) intimida.

A divergencia capital pois está na rasão justificativa da pena, nesta defesa social exclusiva que a escola positiva tomou á classica que a tinha sem exclusividade, e que repousa sobre tudo numa phantasia que ja sahiu da moda a do organismo social que vive,

com reflexos, consciencia, defesa etc e que mostra o grau de seriedade da theoria.

Em conclusão, a pena surgida da vingança e passada na constituição do Estado ás auctoridades que representam a justiça, foi um castigo aos criminosos, como se impõem ás creanças e nos tempos primitivos ou barbaros aos escravos entre os quaes e em primeiro logar figuraram as mulheres. A differença é que nesses casos o despota estava de cima sem um embaraço que não fosse excepcionalmente já a passagem para um melhor estado social, onde a familia ou a tribu ou mesmo o Estado incipiente lhe impuzesse medidas e no excesso tomasse contas. Este castigo operou-se pela morte que é uma eliminação e depois pelo banimento (ostracismo helleno) ou pelo degredo ou relegação (actual transportação); mas com o apparecimento das prisões, tornou-se tambem a repressão, na accepção moderna, porque em sentido geral reprimir é conter e no caso, castigar, por qualquer modo. Deste modo as ideas de eliminação e de repressão são factos occorridos na punição e nada mais.

O fim ou funcção preventiva da pena porem é uma interpretação da mesma punição; mas uma interpretação verdadeira em parte. Tem rasão os naturalistas quando affirmam que os criminosos incorrigiveis não se intimidam, porque a experiencia mostra que reincidem de qualquer modo, qualquer que seja a rasão, má, insufficiente punição, ou falta de amor á vida livre de modo que a sacrificam a um momento de bestialidade;

mas não quanto aos corrigiveis, nem quanto aos individuos que ainda não praticaram crimes. Quem sabe até onde subiria o crime sem a ameaça da pena? O proprio Ferri reconhece que as consequencias da impunidade são muito graves e lesivas. Garofalo tambem dizendo como vimos que o acto reflexo da intimidação se produz sempre pela naturesa das cousas.

Entretanto a efficacia da punição não é absoluta, como diz Prins, porque sinão o crime teria desapparecido dos paizes barbaros alguns dos quaes penduravam os corpos dos salteadores nos postes das estradas, e a criminalidade actual não augmentava.

Só o principio moral da punição, a emenda ou reforma não se pode demonstrar assim precisa ser colhida na experiencia, das penitenciarias.

Como quer que seja e até que investiguemos essa prova, estão de pé os principios da escola classica da prevenção e da repressão, bem como o da positiva, da eliminação; e si nesta da-se uma verdadeira defesa social, na repressão, ha ahi uma verdadeira correspondencia entre o crime e a pena, uma especie de proporcionalidade approximada que é a justiça. Aqui não se tracta de commensuraveis, mas de probabilidades. Si a pena segue sempre ao crime e tanto maior quanto elle é mais grave, como não ver aqui a idea da justiça?

Evolução da pena, do supplicio á repressão e á reforma ou educação, ladeadas da eliminação

As escolas são accordes em assignar uma evolução á pena, mas ha uma divergencia na interpretação deste phenomeno que em parte independe das mesmas.

Assim Le Bon reconhece como phases dessa evolução a vingança, a composição e a pena, o que é reproduzido por Letourneau etc, ao passo que Cuche da-lhe por phases a vingança (comprehendendo a composição e a expiação que outros separam), a intimidação, a correcção e a eliminação, que ao mesmo tempo incorpora numa só phase, como differentes processos de prevenção individual, dizendo que tem se devido perceber desde todos os tempos que a reacção vingadora ou expiadora contra uma falta passada servia ao mesmo tempo para prevenir faltas futuras e a pena applicada *quia peccatum* operava no futuro *ne peccatur*.

Não posso concordar com isto. A punição tem as phases apontadas por Le Bon da vingança, composição e pena. O logar da pena, a sua origem é nas phases anteriores occupada pela composição e antes pela vingança, mas só isto, ella ainda não existia nas mesmas origens, a não se alterar o conceito da pena de mal ou reacção da sociedade contra o delinquente, pois no periodo da vingança a reacção ou o soffrimento imposto ao cri-

minoso éra feito pelo individuo e só algumas vezes pela familia e ainda mais raramente pela tribu. Só na composição a auctoridade social que se vae formando intervem junctamente com o individuo menos para assegurar a punição do que para recolher o tributo (*freddum*) que lhe pertence.

A vindicta mesma está sujeita a uma evolução, passando da indeterminação primitiva á certa organisação pelo duello instituido naturalmente pelo sentimento e interesse de conservação da familia, passados de paes a filhos e irmãos ou si quizerem pelos affectos familiares, communicados até aos parentes mais proximos, que na incapacidade geral do offendido para a represalia tomaram o encargo, a obrigação de punir o offensor, a tal ponto que houve um vingador do sangue na Biblia, chamado pelos germanos de *goel*.

Depois esta evolução se aperfeiçoou pelo talião, que foi uma medida, um limite a sua acção, resultando naturalmente da tendencia do vingador a exagerar o mal da punição e do interesse dos patricios de ambos em conservar os companheiros de defesa das agregações para triumpho na incessante lucta pela vida internacional.

A composição que foi o restabelecimento presumido do direito lesado, pela indemnisação do prejuizo causado pelo crime, deve ter substituido a vingança quando os povos foram tomando uma organisação politica, geralmente realesa guerreira, onde convinha ao chefe, alem dos braços que o defendiam os proveitos da compensação (*freddum*), da indemni-

sação do crime segundo o valor do offendido (*wehrgeld*). E' o que occorreu entre os germanos, povos livres por excellencia, nesses tempos, caracterisados então pela energia dos individuos; e portanto deve ter occorrido em todos os mais onde essa energia faltou.

As leis mais antigas dos germanos, diz Garofalo deixavam ao offendido a escolha entre a vingança e o *wehrgeld* ou compensação pecuniaria, porque se cria que em alguns casos esta fôra insufficiente para acalmar a victima.

Deve-se considerar como uma persistencia da parte fiscal da compensação ou composição (*freddum*) a mulcta existente em todos os tempos e ainda hoje elogiada por Liszt e que para Bentham e Filangieri devia ser proporcional á fortuna dos condemnados, e que para outros deve substituir toda especie de prisão: bem como a confiscação, que no direito francez é restricta ás marcas de commercio e ás patentes de invenção, reproduzida pelo direito belga e allemão, e restricta aos objectos do delicto na Suecia e Noruega; e abrangendo ambas as hypotheses no Brasil.

A pena propriamente dicta, substituio a composição quando os governos constituidos foram accentuando os seus fins internos de garantia dos direitos, pela punição dos criminosos quando o caso não admittia a sua restauração etc a par dos externos de defesa da sociedade e quiçá pesquisa de elementos economicos pela conquista; pelo menos quando não houve ahi um desenvolvimento crescente da potencia duma realesa astuta, secundada

por auxiliares exploradores e apoiados por parvos que se satisfaziam com a posição de explorados, o que muitas vezes occorreu na historia, especialmente dos povos do Oriente.

A evolução da pena pondo de parte sua origem na composição e na vindicta, deve ser da crueldade á benignidade e nesta ultima phase da subjectiva á objectiva.

Na phase da crueldade ou do tormento, a pena lançada por uma sociedade ainda barbara sem sentimentos de amor ao proximo, por individuos que as mais das vezes eram criminosos natos, ferozes, deliciando-se com os soffrimentos alheios de creaturas muitas vezes innocentes enquanto os criminosos tripudiavam impunes, não podia deixar de ser afflictiva suppliciante.

Na phase da benignidade subjectiva, quando a sociedade foi ganhando caracteres elevados, almas piedosas, corações bondosos, pelo traquejo da familia, especialmente infiltrada pelas creaturas mimosas que tem o sexo fraco, appareceu o horror á vexação e a pena tornou-se mera repressão, abolindo-se a tortura concommittante a qualquer especie de pena, a morte e quando não tornando-a rapida pela forca, pelo fuzilamento ou mais ainda pela electricidade.

Na phase da benignidade objectiva determinada pelo echo das theorias longinquas, reavivadas pelo crescimento da piedade que funda no Estado a funcção da assistencia, e na sociedade as associações humanitarias, a repressão não basta é preciso que ella seja mais producente que os reprimidos em vez

de ficarem sempre nocivos voltem ao gremio social e surge a educação do menor, a reforma do maior, a cura do doente.

Concretisemos a cousa.

E' inutil descrever a crueldade antiga.

Recentemente era o mesmo ainda. Em Gand, Hessels, commissario do duque de Alba, em Paris, Laubardemont, agente de Richelieu, em Berlim, Carpzow, juiz de Frederico Guilherme, em Londres, Jeffrey, grande chanceller de Jacques II, diz Prins passariam hoje por tyrannos freneticos, attingidos de loucura sanguinaria; mas eram simples magistrados, obedecendo ás leis do seu paiz e applicando o direito repressivo do seu tempo. A Carolina de 1533 sob Carlos V e a Ordenança criminal devida a Colbert codificaram este direito introduzindo a ordem legal nesse chaos.

Houve um povo que fez excepção á tanta crueldade que foi o helleno. Pelo menos instituio o ostracismo para os crimes politicos que eram os mais frequentes e fez a mais branda das execuções, pela cicuta. Também foi a patria da liberdade politica e da theoria da virtude e da justiça, do direito natural, do cosmopolitismo e da theoria da caridade.

No renascimento, diz Prins, com a nova situação economica um novo elemento surge ao lado da intimidação torturante. Dum lado, apoz as descobertas geographicas e a extensão das relações commerciaes, as nações tem necessidade de homens e de braços. Doutro lado

em presença do numero crescente dos aventureiros vivendo de expedientes e de vagabundagem comprehenderam que ha uma força a utilisar e que em vez de se limitar a exercer crueldades sobre os culpados, podem elles ser aproveitados no trabalho. A pena tornou-se então trabalho forçado ou servidão penal em proveito do Estado que levou os criminosos a remar nas galeras ou a servir nas tropas de guerra ou a fazer trabalhos publicos, das prisões, dos navios (*bagnes* em França, *hulkes* de Inglaterra), que estendeu-se até fora do paiz na transportação."

Com o desenvolvimento das sciencias na epocha moderna ella tomou outra feição ou phase. Já Grotius, Thomasius, Wolff tinham combatido o formalismo estreito da justiça de seu tempo. Benthan D'Alembert, Diderot, Helvetius, d'Holbach, Voltaire, Beccaria, Filangieri, protestaram em nome da utilidade contra os horrores da punição. Kant e Ficht trouxeram a idea da liberdade moral. Frederico o Grande, Joseph II, Catharina da Russia, Leopoldo da Toscana e outros transformaram a punição dando por fim a emenda do criminoso, mudadas as prisões de logares de supplicios para Casas de correcção.

S. Vicente de Paula, desde 1619 esforçou-se por melhorar a sorte dos forçados. O philanthropo Howard foi no fim do seculo XVIII, afinal o verdadeiro promotor dos regimens penitenciarios, que se organisaram no seculo seguinte, completados pela individualisação da pena e sua condição, a indeterminação da sentença, pela liberação condicional, e

pelo patronato, tudo o que converge para reformar o criminoso capaz de emenda, conservando a intimidação que a pena exerce e dando assim satisfação ás exigencias do sentimento inextinguivel da vingança humana.

Isto não quer dizer que prejulguemos a questão da reforma do criminoso corrigivel, o que aliás seria logico, desde que elle pode melhorar; mas que a intimidação não é phase, caracterisa todas ellas; e a eliminação não ha de sel-o tambem, sempre ladeou a todas as mais funcções da pena, como uma restricta, á morte e á relegação.

Variações da pena

A questão da variação da pena separa ainda as escolas.

Os primeiros escriptores do direito penal, determinaram uma pena para cada delicto, segundo a sua gravidade, fazendo porem variar cada uma pelas circumstancias aggravantes que a elevam ao *maximum,* pelas attenuantes que a baixam ao *minimum,* pondo-a no grao medio quando concorrem umas e outras, conforme viu-se no estudo do delicto; d'onde se vê que a orientação juridica da escola é a dominante, porque em todas as mais orientações, economica, moral, etc, o criterio da gradação da pena é esse mesmo da justiça que Dante conceituou como uma proporção; e foi sem duvida por isto que um

pensador da ordem de Kant se decidiu pelo fundamento da justiça. Proporcional ao grau do desejo ou da impulsão criminosa, fazendo-a uma contra impulsão (Romagnosi e Feuerbach).

Os naturalistas invertendo os termos fazem variar as penas com a classe dos criminosos (Ferri) e depois com a temibilidade resultante da classe e das circumstancias (Garofalo) e com a temibilidade talvez e sempre com o motivo determinante (Ferri) alem da inadaptação á sociedade (Ferri e Garofalo) de modo que não se sabe em quem acreditar si em Ferri, si em Garofalo, mesmo porque as classes de criminosos de Ferri, são os natos, os habituaes, os loucos, os occasionaes e os passionaes, ao passo que as de Garofalo são os violentos os assassinos, os ladrões, cada uma das quaes para esse fim elle redistribue em temiveis e não temiveis.

E' notavel a flutuação dessas ideas. Em seu primeiro livro Garofalo fica na temibilidade: A ameaça das penas deve ser coherente com a temibilidade do reu.

No segundo vae para a inadaptação: O meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação do reu, isto é, pelo exame das condições em que se pode presumir que cessa de ser temivel (!)

Para Ferri devem ser punidos os criminosos natos e habituaes pela colonia agricola, sendo improcedente a pena de morte; os occasionaes de crime grave com a separação e o exilio temporario nas mesmas colonias agricolas, e de crime leve com a reparação por

trabalho forçado, em exilio local, sem prisão, ou em fixação de domicilio si são mulheres ou creanças, o que é antes uma prevenção que repressão; os passionaes com a reparação do damno e exilios locaes, de modo a affastal-os do logar da victima: podendo a pena ficar indeterminada com libertação condicional ou suspensão condicional da sentença; contanto que se evitem as penas de curta duração contra a qual Ferri moveu terrivel campanha por levar individuos ainda bons á completa dissolução, effeito das companhias perniciosas.

Garofalo é o mais forte campeão da pugna contra as circunstancias aggravantes e attenuantes, desde a sua suggestão da temibilidade do criminoso para as substituir. A verdade, diz elle é que a gravidade relativa dos crimes não pode fixar-se de um modo absoluto porque ha de attender-se... á gravidade do damno, á da immoralidade, á do perigo e emfim á do alarma... A gravidade do damno material só serve para avaliar a reparação devida ao offendido.... e o dever violado para determinar a immoralidade do agente e portanto a sua temibilidade. Ora recondusida toda a theoria ao principio da adaptação resulta que o meio penal deve ser determinado pela possibilidade da adaptação do reu, isto é, pelo exame das condições de existencia em que pode presumir-se que elle cesse de ser temivél. Outros o acompanham acatando a proporcioralidade da pena ao crime como quantidades (!) incommensuraveis.

A terceira escola que na questão da pena ora se approxima da classica com a pena fi-

nalistica de Liszt, ora da naturalista com o fundamento da defesa de Alimena, e ora se mantem num ponto mediano com Prins, nesta questão da variação da pena mantem a proporcionalidade da classica, com Alimena dizendo que a defesa social é limitada pela justiça, tal como a sociedade a concebe, com Liszt que quer o augmento da pena pela reincidencia, pela superveniencia do resultado grave, pela profissão do crime, pelo emprego de armas, pelo amor ao lucro (como motivo) e pela offensa do ascendente, e a diminuição pela tentativa, pela adolescencia e pela cumplicidade por assistencia, alem das attenuantes francesas, que são no homicidio a provocação, na injuria a offensa physica, e a excitação da parte contraria pelo ataque; ora faz variar a pena como a naturalista, mas com elementos proprios que são em Prins, penas educadoras dos menores, reformadoras dos adultos de bom passado, repressiva dos incorrigiveis e preservadoras da sociedade no caso dos anormaes.

E' o que repetem os penitenciaristas Cuche e Chaves, com ligeiras discrepancias e variantes, penas educadoras dos menores, intimidantes para os adultos occasionaes ou de crimes ligeiros, reformadoras para os adultos viciosos mas emendaveis, eliminatorias para os adultos incorrigiveis, pondo Chaves as intimidantes entre as reformadoras.

Maior discrepancia veriamos si apontassemos a divisão de Saleilles e outros que por vezes suggerem um systema de variação nova pelas penas parallelas que o juiz applica con-

forme a perversidade, em torno das quaes não ha questão.

Sou classico na questão da variação da pena como na de sua funcção, fim ou fundamento, ainda que com modificação trazida por parte das ideas da escola naturalista. Si existe um criminoso nato, manifesto pela physiognomia (va por conta dos sabios), si no seu crime elle mostra a perversidade inherente á raça e si a experiencia tem patenteado em casos semelhantes a incorrigibilidade ,é o caso de eliminal-o pela relegação porque a morte é um assassinato praticado por quem se submette á ordem da lei e da justiça, um mandato criminal, mas é preciso que haja gravidade de delicto porque não se pune por uma alfinetada, como não se pune sem um crime um homem que apresente o typo criminoso. Fora disto porem não se pode deixar de augmentar a pena pela gravidade do delicto e dentro de cada gravidade pelas circumstancias manifestadoras (va essa concessão) da temibilidade do delinquente que entretanto segundo a escola naturalista (por espirito systematico) não existe mais, pois escapando de um criminoso nato não se é mais temivel, de modo que a ser logico, conclue-se que a criminosidade nata ou temivel só existe em si, no typo criminoso não é uma inferencia pelo menos na maior parte dos seus elementos, das circumstancias.

Não se pode inventar tanto em sciencia social. Tudo que a sociedade encerra é natural, producto de um desenvolvimento constante e que não pode ser alterado mas só pelo

mesmo desenvolvimento melhorado. Dahi essa balburdia da escola revolucionaria que quer imprimir a sua personalidade á custo da universalidade.

As circumstancias aggravantes estão de pé, ou sejam ellas que devidamente manifestem a temibilidade do delinquente, de qualquer typo, ou illogicamente dependão do typo criminoso que por si é insufficiente para o effeito referido.

Por que tanto horror a justiça? *Ubi non est justitia ibi non potest esse jus.*

A justiça que Pythagoras definiu como o aspecto da ordem universal, e Dante como uma certa rectidão que expelle o erro, não é uma concepção idealista do archaico direito natural; mas um phenomeno capital da sociedade, porque permittiu a sua formação e o seu desenvolvimento, deixando subsistirem os fracos ao lado dos fortes. Existe não só no Estado como na sociedade e até na familia, onde quer que hajam liberdades em associação, que ella limita e garante, virtude a premiar e vicio a castigar, merito a louvar e demerito a censurar.

No Estado sua importancia é de tal ordem que constitue um poder publico, porque é o processo, pelo qual o direito que o organisa, constitue-se forçando o individuo a respeital-o, ja pela restauração ou consequente indemnisação, já pela punição nos casos graves (crimes) e consequente intimidação preventiva de novas perturbações juridicas; mas além disto é a chave dos bons governos pela entrega dos cargos publicos aos cidadãos que os merecem

exercer. Na sociedade em particular, é pela justiça que se levantam estatuas nas praças publicas aos seus maiores cidadãos. Infelizmente a opinião que é o orgam da justiça social dá ondulação a esse oceano popular. Na propria familia ella concorre com o sentimento da dignidade pessoal e interesses dos filhos para manter as boas relações dos conjuges; pelo reconhecimento dos seus sacrificios, depois que a excitação da bellesa e da novidade tem passado. D'ahi a infiltração indelevel de sua acção constante na stratificação de todos os tempos, do caracter humano, na forma de sentimento. Ja os juizes de Israel, a frente dos quaes está pelo sexo (admiravel) a prophetisa Debora, eram delle possuidos nesses tempos primitivos da humanidade, governando a principio um povo, sem o appoio do exercito e depois afrontando as iras da realesa com as censuras ás faltas por ella commettidas. Onde quer que haja uma liberdade garantida, uma associação montada, é que existe a justiça estabelecendo o equilibrio entre as forças antagonicas dos individuos. A sua primeira forma foi a penal da vingança, sem a qual todos os fortes teriam feito desapparecer todos os fracos e depois destruido uns aos outros. Mas d'ahi para cá ella enche a humanidade civilisada. Não admira pois que Spencer que a define lei de igual liberdade a reduza a uma lei natural da animalidade, a de soffrer as consequencias dos seus actos bons ou maus. Prefiro porem a idea de Sully Prudhomme, que a faz ideal da sciencia unida ao amor porque na natureza só ha lucta pela vida. Entretanto

Kuckuck a eleva a phenomeno cosmico, na symetria e faz nella consistir a belleza.

Que dizer do motivo determinante?

Procedente quando é social porque é então a justificação do acto criminoso, para o excluir dos crimes, pois o agente não podia deixar de obedecer-lhe, pelo perigo de vida etc, não tem o motivo determinante procedencia quando é antisocial, para variação da pena, desde que o mais antisocial é dos criminosos natos e dos habituaes e o menos antisocial é dos criminosos passionaes e dos occasionaes, porque então ou ha uma redundancia quando o motivo se accorda com a classe de criminosos que ja determinou a especie de pena ou ha uma contradicção quando a classe de criminosos determina uma especie de pena e o motivo outra, desfazendo com uma mão o que se fez com outra, que aliás não é o pensamento de Ferri.

Classificação das penas pelo criterio objectivo, da especie de soffrimento, em corporaes, moraes, patrimoniaes, e privativos de direitos, especialmente da liberdade, cadeias e colonias agricolas.

Os naturalistas não julgam esta materia digna de interesse, tractando accidentalmente, por entre outras, das penas que suppoem convenientes e das que consideram eliminaveis.

A escola classica porem iniciou este estudo que legou aos criticos; e Liszt distribue as penas em principaes e accessorias, subdividindo-as em relação á vida, á liberdade, ao patri-

monio e á honra; Prins classifica-as em corporaes, moraes, patrimoniaes e privativas da liberdade; e Alimena em corporaes pecuniarias, e restrictivas da liberdade e da capacidade civil e politica, artistica e scientifica.

A materia em si pois é extranha ás questões capitaes do direito penal, mas ha alguma cousa a examinar sobre a improcedencia de algumas penas que a antiguidade nos legou e que a tradição, o espirito de rotina mantem por entre institutos que lhes são incompativeis.

As penas corporaes ou torturantes são a de morte e as suppliciantes, entre as quaes a civilisação moderna que eliminou-as mantem o chicote.

Da pena de morte já dissemos que é uma das manifestações da criminosidade nata mantida pelos legisladores de muitos paizes. Si Garofalo é seu advogado com o assentimento de Lombroso, Ferri vinga a civilisação dessa injuria na mesma ordem de ideas da escola positiva. Folgamos de ver o argumento de Garofalo combatido por Chaves, entre nós: "Não é só o exemplo de Toscana, onde á cessação das execuções de 1774 a 1816 e de 1881 por diante, não correspondeu o augmento dos crimes.... Na Belgica.... a grande criminalidade está estacionaria desde 1831, sem que a grande diminuição, a principio, e depois a abolição de facto da pena de morte tenha determinado a sua recrudescencia. Na America do Norte, no Estado de Michigan.... a suppressão da pena de morte não acarretou o augmento dos assassinatos. Na Suissa se alguns cantões a res-

tabeleceram depois de revogado o art. 65 da Const. Federal, a maioria, representando 4|5 da população total da Confederação, não o fez, o que parece indicar uma diminuição ou pelo menos o *statu quo* da criminalidade. E é para reparar que o movimento abolicionista continua cada vez mais triumphante. Em todos os paizes, onde a pena de morte figura nas leis, as execuções, ou estão de facto supprimidas, ou tornam-se cada vez mais raras, com as commutações. Na Belgica data de 1863 a sua não applicação. Na Allemanha são executados apenas 5% dos condemnados á pena ultima; na Inglaterra 25%; na Austria 8%; na França de 1900 a 1906 9%. Foi abolida pelo Novo Cod. Penal da Noruega; o Russo diminuiu a sua applicação, restringindo-a a certos crimes politicos; e o projecto do Codigo Penal russo não a contempla. Entre nós, antes que o Codigo Penal de 1890 a relegasse já estava de facto extincta pelo direito de graça; e a Const. Federal no par. 21 do art. 72 excluio a possibilidade de sua adopção.

Mesma cousa se dá com a pena de chicote, mantida na Inglaterra, Dinamarca, Montenegro e Russia, alem da China e Estados barbaros como ella, do mesmo modo que entre os povos selvagens e como medida disciplinar alem daquelles Estados, na Suecia, na Allemanha e nos Estados Unidos bem como na França para os *apaches;* o que é defendido por Cuche, Maxwel, Lacassagne.

Felizmente vemos em Prins ella ser qualificada de deshonrante e em desaccordo com as civilisações. Basta lembrar que essa pena

surgiu com a escravidão, a principio da mulher e depois dos vencidos na guerra, para vêr que por tão aviltante origem é indigna do homem moderno. Si o condemnado é incorrigivel que seja eliminado e nada mais.

Si é corrigivel ou si a sua incorrigibilidade é duvidosa, que não lhe arranquem o ultimo grao da vergonha, tractando-o como escravo, dando-lhe a consciencia de nada valer na vida e em vez de inocular-lhe no espirito a idea da necessidade de sua punição, fazendo surgir a da revolta contra o supplicio.

As penas patrimoniaes ou pecuniarias, originadas da composição são hoje a mulcta e a confiscação que nos Codigos modernos vae se tornando parcial.

A mulcta, não obstante a sua sustentação por Liszt, é uma pena para o pobre que não a podendo pagar tem de ganhal-a e nesse caso ferindo os interesses da familia, ao contrario da affirmação do mesmo auctor; mas nada para o rico, a não ser um golpe a sua paixão pelo dinheiro si é já usurario.

A confiscação está no mesmo caso, com a differença de ser uma extorsão do patrimonio porquem deve garantir a propriedade, que é o Estado.

Só uma rasão justifica a pena patrimonial, que é a indemnisação do damno causado pelo delicto, alem da confiscação dos objectos que serviram para a perpetração do crime, o que não precisa commentario.

As penas moraes em accepção restricta são a reprehensão, a condemnação condicio-

nal e a publicação da sentença de condemnação.

A reprehensão (admoestação ou reprimenda) apparece já em Roma contra o incendiario por imprudencia e está em alguns Codigos modernos, allemão, italiano, russo, espanhol, portuguez, para delictos ligeiros.

A publicação da sentença de condemnação, existe tambem em alguns codigos modernos como o francez o italiano e o norueguez, para delictos de injuria em Noruega, punidos com ergastulo na Italia, etc.

A condemnação condicionl existe na Belgica, França, Allemanha, Portugal, Noruega e Suissa, em logar das penas de prisão de curta duração, practicado o crime pela primeira vez (Belgica) havendo obrigação de reparar o damno causado pelo delicto (Noruega). Na Inglaterra e Estados Unidos a suspensão (probation) é anterior á condemnação, isto é, suspende o julgamento do indiciado.

A suspensão da condemnçaão ou da pronuncia parece-me boa, desde que appellando para a correcção do individuo que protege com a não divulgação do crime satisfaz a indemnisação do damno da parte offendida e procura obter um homem que estava no pendor dum selerado; mas a reprehensão e a publicação da sentença condemnatoria me parecem contraproducentes. Reprehende bem o pae ao filho menor mas isto mesmo deve ser de modo que lhe dê vergonha em vez de tiral-a, em particular e não em publico: ao contrario elle se deixa ir pelo pendor como a pedra que perdeu o ultimo apoio e rola para o abysmo.

Ora a publicação da sentença condemnatoria é o que ha de mais publico e feita alem disto sobre um homem que outra circumstancia não educa mais, tirando-lhe o estimulo da boa reputação e entregando-o ás vistas da curiosidade geral como um criminoso. E' uma queda de que não se levanta mais.

As penas moraes em accepção ampla (Prins) ou juridicas em accepção restricta (Alimena), são as privações de direitos. Roma teve ás suas *capiti diminutio, maxima,* da cidade, *media,* da liberdade e *minima* da familia, Depois os povos instituiram a morte civil; e afinal codigos modernos tem a de interdicção, como o italiano, o norueguez, principalmente como accessoria á pena capital. O codigo brazileiro e mesmo nossa Const. Fedederal é assim que a trazem art. 71 par. 1.

Neste aspecto não é uma pena é um reforço da pena, que só pode ser justificado quando o interesse publico o exigir. Assim pelo nosso Codigo penal art. 55 as penas de mais de seis annos de prisão cellular trazem a suspensão de todos os direitos politicos, a perda do officio electivo, emprego publico, respectivas vantagens e vencimentos; a perda de todas as dignidades, condecorações e distincções honorificas; e a perda de todos os *munus* publicos. Pelo Const. cit. toda condemnação criminal suspende os direitos politicos.

Entre as penas privativas de direitos estão as penas principaes que são as privações da liberdade: prisão, deportação e transportação. Pela impossibilitação em que se acham os punidos de continuar a offender a sociedade e em

certos casos pela possibilidade de sua reforma procurada pelo regimen da prisão e da transportação são as unicas penas dignas d'uma sociedade de homens modernos, amantes da liberdade e justos apreciadores do valor da vida humana.

A deportação ou expulsão do territorio sempre existiu. Na Grecia foi a pena dos crimes politicos, chamada ostracismo, que infelizmente feriu homens prestimosos como Temistocles que recusou a vingança proporcionada pelos persas morrendo das suas consequencias, Aristides que elle mesmo fizera deportar e que ao sahir da patria fazia votos pela sua prosperidade, alem de elevar as finanças e continuar pobre até á morte. Só teve a vantagem de affastar a morte pela cicuta que até então fazia estragos, como aconteceu com Phocion o homem tão superior ás approvações como aos clamores das multidões, que inflexivel ás censuras tomava os applausos, como originados de tolices do orador, para não fallar em Socrates etc.

A prisão tambem veio da antiguidade. A Grecia teve o *Circulo Noturno* por exemplo Roma deu-lhe trabalhos forçados (*ad malla*). A edade media serviu-a dos logares mais fortes e immundos dos castellos e dos claustros. Depois constituiram-se verdadeiras prisões. Veneza teve as *piombi*, Mantua as *forni*, Firenze as *Sturches* etc. No seculo XVI S. Carlos de Borromeu fundou uma em Milão. Em 1550 appareceram diversas em Londres. Em 1558 em Nuremberg. Em 1595 em Amsterdam. No seculo XVII a França tem as *bagnes*, a Ingla-

terra os *goels,* a Allemanha e Hollanda suas *zucht-rapel e spinhauzer.*

Todas essas prisões são caracterisadas pela miseria, tortura, promiscuidade, febres infecciosas que se propagavam fora. Na India morreram duma só vez asphyxiados pela falta de ar sufficientemente puro ,em uma só sala cerca de 300, trepando uns sobre outros para respirar na unica fresta existente, segundo Figuier relata no seu Tractado de physiologia.

Foucher e Richard auctores do trabalho sobre Habitações da *Encep. de Medecina e hygiene* dirigida por Jules Rochard, dizem a respeito. As prisões tem sido em todos os tempos os mais insalubres dos estabelecimentos publicos e isto se concebe. A gente que ahi se detem não é interessante e o espirito de justiça e de piedade que é o fructo de civilisação avançada, é só o que pode pleitear em favôr de semelhante pessoal. A edade media não conheceu esses escrupulos, legando-nos a lembrança de ferocidades inauditas e alguns specimens de masmorras cujos aspectos nos produzem arrepios... Recentemente ainda o grande Chatelet continha negros calabouços infectos onde o preso acorrentado não podia estar em pé nem deitado, com as infiltrações do Sena penetrando por todos os lados, banhando-lhe os pes e tendo por companheiros sapos e reptis. Villermé disse apoz sua inspecção de diversas que são logares onde se enterram vivos os prisioneiros, parecendo que a justiça quer que elles morram por um ar envenenado. Faziam da prisão um espantalho.

Só a prisão de Amsterdam em 1595 se ca-

racterisava pela ordem e disciplina e *separação dos detidos á noite,* porque era a cidade então o refugio da tolerancia e da liberdade diz Prins.

Entretanto já no seculo XII em Florença separaram-se os sexos. Mais tarde as prisões de Gand e de Vilvorde tinham instrucção aprimorada, e S. Michele em Roma educava a infancia culposa.

Ao lado das cadeias, surgiu a colonia penal agricola, principalmente apoz as descobertas da Africa, Asia e America. Portugal por exemplo enviou para o Brasil seus condemnados... As principaes colonias agricolas porem foram as de Inglaterra, Russia e França.

A Inglaterra transportou para a America, depois para Australia e depois Tasmania. A França para Guyanna e Nova Caledonia, ora com liberdade (deportação) ora com trabalho obrigatorio (relegação). A Russia para Siberia e ilha Sakhalina, com trabalho forçado (katorga) ou livre nos governos de Irkutsk, e do Caucaso.

A de Inglaterra começou em 1718 sob Carlos II, como pena immediata á de morte, enviando os criminosos para a America, sem nenhum pensamento moralisador e sem prosecução de fim colonial e até mesmo sem apuramento duma classe de crimes ou de penas. Em 1775 a insurreição americana extinguiu a colonia; e Howard e Bentham propuzeram abandonar o systema e voltar ao das prisões metropolitanas.

A descoberta da Australia por Cook fez voltar a idea de desembaraçar se a metropole

de seus criminosos e iniciou-se nova colonia penal em 1787, que até 1820 foi um logar de martyrio, com muito trabalho de desbravar as terras e sem alimento, alem de applicações frequentes de ferro e chicote, diz Cuche, pela preponderancia do elemento penal.

De 1820 a 1830 a colonia torna-se de elemento livre preponderante e o contracto de mão d'obra torna-se o elemento capital da pena, onde a existencia do transportado era facil ou miseravel segundo o caracter de seu dono, pois elle era o escravo temporario do que o explorava. O colono livre explorou resolutamente o trabalho do convicto e ninguem escandalisava-se com isto. Afinal com a prosperidade da Australia affluiu a immigração livre e em 1825 apparece em Nova Galles do Sul opposição á transportação que se accentuou e generalisou em 1830. Desta data por diante a colonia penal é caracterisada pela lucta da colonia livre contra a metropole pela remessa habitual de criminosos; e na Inglaterra augmentava rapidamente a criminalidade suppondo-se devida ao systema repressivo, á inefficacia das penas. Afinal foi suspensa em 1840 salvo para os liberados condicionaes, o que acabou em 1868.

A Russia tem a colonia agricola penal com trabalhos forçados, chamada *Kartoga,* que desde tempos se faz no rio Amor e na ilha Sakhalina. Os transportados para Sakhalina vão para uma prisão melhor, onde gozam de meia liberdade e depois são enviados como colonos não liberados (*poselentsi*) ás cidades onde tem que construir sua casa e preparar

seu campo, tendo apenas uma foice, uma serra e algumas cordas, alem d'uma provisão de farinha para um anno. O resultado diz Cuche é que só cuidam em evadir-se, a vagabundagem é seu genero de vida habitual e o roubo seu meio de existencia, sem fallar do alcoolismo que estraga aldeias inteiras e da prostituição de que só escapam tres mulheres por cento.

Movimento humanitarista e systemas penitenciarios, cellular, mixto e progressivo.

Afinal appareceu o humanitarismo que a par de outras cousas combateu o mau estado das prisões e reformou-as.

Em Italia os professores Tolosano, Bonavita e Bonacosta esforçaram-se pela ideia da pena ser destinada á correcção. Beccaria clamou contra os rigores da prisão, em face do proprio utilitarismo.

Em França S. Vicente de Paula estendeu aos presos sua caridade, o monge Mabillon combateu o mau estado das prisões dos claustros, Montesquieu bateu a practica das repressões existentes, Mirabeau preconisou o isolamento com trabalho obrigatorio e afinal Lucas dedicou-se em toda a sua vida á melhora do systema penitenciario.

Onde porem o humanitarismo por assim dizer se nacionalisou foi na Inglaterra e nos Estados Unidos, nesta raça que descobriu a attração universal e o cooperativismo, a selecção natural e o federalismo republicano e que a

par dos novos reinados da sciencia e da liberdade montou o da electrecidade e do dinheiro.

Na Inglaterra, pelo seculo XVIII, o philanthropo Howard, apoz suas viagens, não só escreveu dois livros, *Estado das prisões* e *Historia dos lazaretos,* onde censurou o mau estado dos mesmos; como influiu para se construirem cadeias em Horshan, Portmouth e Gloucester de 1779 a 1785 e foi secundado pela *Howard Association*. Bentham occupou-se disto na *Legislação civil e criminal* e endereçou a Camara legislativa o *Panopticon,* memoria sobre uma cadeia modelo, onde um só funccionario, duma posição central vigiava todos os presos (e que foi realisado em França na cadeia de Mazas), tendo por obrigação o trabalho, e como regimen a separação com vigilancia rigorosa e semiliberdade posterior, origem da liberação condicional. Afinal Maconochie, por sua conta transformou o presidio da ilha de Norfolk, que vivia em constantes revoluções, punidas tão severamente que os presos mostravam preferir a morte, em uma população pacifica, pondo a sorte dos condemnados em suas proprias mãos por habitos de economia e previdencia; e Walter Crofton poude montar o systema progressivo.

Nos Estados Unidos o *quaker* William Penn, fundador do Estado da Pensylvania tendo soffrido prisões por sua perseguição religiosa tomou a peito a reforma das cadeias, que outros *quakers* victimas eguaes continuaram ao ponto, de se tornar para os mesmos e em seguida para as colonias, um elemento religioso; diversas sociedades organisaram-se

nesse sentido; e afinal Franklin, tendo assistido na Inglaterra á propaganda de Howard, levou-a para a patria e fundou em 1787 a *Sociedade de Philadelphia* para alivio das miserias das prisões publicas, que manteve com Howard uma correspondencia assidua, e que conseguio da Assemblea legislativa da Pensylvania a construcção, a titulo de ensaio de uma prisão cellular, no logar mesmo da anterior prisão chamada *Walnut street Jail;* e depois duas novas cadeias, uma em Pittsbourg e outra em Philadelphia, etc.

Este movimento propaga-se a todos os paizes. Holtzendorff affirma que todo homem tem valor mesmo quando é criminoso. Gauckler que augmenta o sentimento de piedade e diminue a reacção contra o delinquente, dizendo Orckanski que o odio é um sentimento do selvagem, Denoque que a pena deve deixar de ser um soffrimento e Ferrero que o progresso moral consiste na repugnancia crescente em infligir dor as creaturas humanas ou vivas, e o proprio Ferri que á pena circumscripta á eliminação e segregação do criminoso, sem odio ao crime, porque este deve ser interpretado como uma molestia.

A reacção não se faz esperar, Garofalo lembra que esquecem os offendidos, outros, que as victimas tambem tem valor, e muitos que se favorecem os criminosos em escarneo aos individuos e familias miseraveis e honestas.

Dahi uma porção de congressos penitenciarios para resolver a questão delicada da punição, de Londres, Stocholmo, Roma, S. Pe-

tersburgo, Paris, Bruxellas, Buda Pesth, Washington.

Esse movimento humanitarista produziu porem os systemas penitenciarios modernos, todos os quaes, cellular, mixto e progressivo, pretendem corrigir os defeitos do antigo systema communista, desmoralisado pela experiencia de tantos seculos, na prostituição das mulheres e depois que estas se separaram, na corrupção dos homens que ainda tinham alguma cousa a perder ao contacto dos individuos completamente degenerados e sem que vigilancia possivel tivesse a força de evitar.

Os Estados Unidos produziram ou melhor aperfeiçoaram o systema cellular, que produzindo mau effeito foi logo abandonado. A Inglaterra ou melhor a Irlanda produziu o systema progressivo que tem approvado, principalmente nos Estados Unidos que o tornou reformatorio.

O systema cellular consiste em isolamento absoluto e continuo de dia e de noite com trabalho obrigatorio.

Podem-se encontrar seus germens nas prisões de Florença no seculo XII onde separaram-se os sexos e mais propriamente nas de Hamburgo, em 1522, seguidas das de Bremen, Munich, Franchfort, em que apparecem as cellulas. Howard combatendo a transportação de que sua patria (Inglaterra) abusava, defendeu o systema, promovendo o levantamento das cadeias de Horsham e Gloucester, com cellulas e regulamentos disciplinares, aconselhando para suavisar o regimen a não continuidade, a educação profissional, moral e religiosa, alem

da hygiene e alimentação fortificante e do trabalho obrigatorio. Em 1790 fez-se em Philadelphia a cadeia de Valnut Street, e afinal em 1817 a *Eacstern Penitentiary of Pensylvania,* tambem chamada *Cherry—Hii,* por força da *Society Philadelphia* inaugurada em 1787 por Franklin, num terreno fertilisado pelos *quakers,* desde William Penn, fundador da colonia. Passou á Belgica, Allemanha, Hollanda, Suecia, Russia, França.

A França realisou na cadeia de *Mazas* a idea do Panopticon de Bentham com cellulas dispostas em galerias irradiando em torno dum ponto central, de modo que um só guarda fiscalisa todos, e com tal conforto que a temperatura é mantida a 15.°

O systema penitenciario mixto consiste em isolamento absoluto á noite, com trabalho em commum durante o dia e obrigação do silencio imposto a chicote classificados os presos pelo sexo, edade, culpa e aptidão para o trabalho. Elle surgiu segundo Cuche na prisão de Amsterdam seculo XVII quarteirão dos menores, no hospital de S. Michel e na prisão de Gand, seculo XVIII; mas foi realisado com relevo em Auburn, New-York em 1816, donde tomar o nome auburniano; e dahi passou á Genova, Saxe, Austria, Dinamarca, Suissa.

O systema progressivo, assim chamado porque contem quatro periodos, consiste no primeiro em isolamento absoluto de dia e noite por nove mezes, com obrigação de trabalho, como no cellular, para recolhimento e temor; seguido dum periodo mixto, de isolamento a

noite com trabalho em commum de dia e obrigação de silencio, dispostos os presos em grupos por sexo, idade, culpa e aptidão para o trabalho, continuado em terceiro periodo por uma instituição nova, trabalho diario, fora de estabelecimento ao ar livre para habituar os pulmões; e terminado por um novo periodo de libertação condicional apoz o cumprimento dos tres quartos de pena, pelos processos anteriores, ficando o liberado sob a fiscalisação da policia na Europa e dum encarregado disto na America, e deixando as vestes de forçado conversando, sahindo etc na Irlanda. Foi a systematisação feita na Inglaterra por Walter Crofton do regimen elaborado por conta propria na ilha de Norfolk pelo practico e capitão Maconockie em 1840. Seu espirito é uma instituição de marcas que o convicto obtem por trabalho e comportamento que não podem exceder a 8 por dia e em numero de 2920 o fazem passar da 3 classe á 2.ª e desta á 1.ª bastando 720 para sahir da classe de prova melhorando sempre de condições pois na classe inicial, de prova nada ganha, na 3.ª um shilling, por mez, na 2.ª um shilling e seis pense, na 1.ª meia coroa, e o mesmo dá-se no alimento. Segundo Cuche existe na Europa um estabelecimento penitenciario onde o regimen inventado por Walter Crofton é applicado em sua integralidade, pois na Irlanda com a retirada deste homem das prisões, estas perderam a força no periodo da liberação condicional, que é o de Lepoglava na Hungria, onde durante a posição intermediaria, os condemnados são espalhados nas lavouras.

Ao systema progressivo deve-se ligar o Reformatorio de Elmira junctamente educador de crianças e reformador do adulto fundado em 1876 em New York, á instigação da *New York Prison Association,* e entregue ao humanitarista Brochway que o tem conduzido aos melhores resultados, e cujo exito parece devido ás sentenças indeterminadas, por que se bateu o director sempre, mas que em realidade é devido ao systema mais progressivo ainda que o irlandez, pois tem por traço caracteristico segundo expõe Cuche o regimen da multiplicação das classificações e das graduações qualquer que seja o tempo da condemnação onde a cada esforço o condemnado sente que sobe e a cada fraqueza que cahe, passando por tres categorias, começando por sua classe de disciplina, onde accumulando marcas passa para a segunda, e accumulando outras *marcas* passa depois de seis meses a primeira e continuando a ter marcas sufficientes apoz outros seis mezes fica liberado condicionalmente, sendo geralmente entregue a um patrão que informa sobre sua conducta ao funccionario encarregado

O reformatorio de Elmira foi imitado em muitos Estados, Massachusets, Pensylvania, Minnesota, Illinois, Ohio, Indiana, Visconsi, New-Jersey, dizendo Barrows na Sociedade das prisões que se pode considerar a instituição como implantada nos Estados Unidos.

Alem dos systemas penitenciarios existem as colonias agricolas que são regiões affastadas do paiz para onde são remittidos os condemnados por crimes graves em alguns paizes, como Russia, França e até bem pouco

tempo Inglaterra, de ordinario Estados que tem colonias. Ella existiu na Grecia, e em Roma apoz as proscripções de Sylla foi a relegação e sob Augusto a deportação sem liberdade, organisada sob Tiberio. Suas desvantagens já conhecemos.

Individualisação da pena: sentença indeterminada e liberação condicional.

Individualisação da pena é a adaptação da pena ao criminoso por certos processos entre os quaes estão a indeterminação da pena pela sentença e a liberação condicional.

Indeterminação da pena pela sentença indeterminada é o facto de ficar a pena sem duração predeterminada, podendo apenas assignar-lhe a sentença um *maximum* e um *minimum;* quando ora o criminoso é novo, de 16 a 30 annos e primario, não reincidente (Em Elmira), de modo que pela pouca edade e pelos bons precedentes mostra que é corrigivel, não obstante ser grave o crime, para ser reformado ou educado, ora o criminoso é velho de mais de 30 annos ou reincidente (em Ohio) de modo que pela grande edade ou pelos maus precedentes mostra que é incorrigivel, não obstante o crime não ser grave, e assim deve ser detido indefinidamente na cadeia, salvo si contra a inferencia aproveitar caso em que será beneficiado pela liberação condicional e afinal posto em plena liberdade.

A primeira hypothese chamada pena de reforma é a favor do criminoso e foi suggerida em New York em 1867 por Wines e Dwight que num Relatorio apresentado á legislatura daquelle Estado, concluiram: Muitos espiritos na Europa e na America foram conduzidos por suas investigações e reflexões a esta conclusão que as sentenças fixas são falsas em principio e devem ser substituidas pelas sentenças reformatorias. Em 1870 Brockway expoz no Congresso de Cincinati suas ideas, onde está que as sentenças fixas devem ser substituidas por sentenças indeterminadas e a applicação da pena não deve findar por expirar um prazo mas pela prova devidamente estabelecida da reforma moral.

Devido a isto diz Cuche que a lei do Reformatorio de Elmira determina que a duração do internamento não pode ultrapassar a duração maxima estabelecida pela lei para o crime commettido e quanto ao minimo o regulamento prefixa doze mezes de sujeição á disciplina do reformatorio.

A segunda hypothese chamada pena de segurança é a favor da sociedade e surgiu em 1885 em Ohio mandando deter-se indefenidamente os criminosos habituaes. Nesta se converte a primeira hypothese si o condemnado não se educa porque não é posto em liberdade: e ha quasi a mesma cousa quando occorre reincidencia na prisão porque esta fica prolongada por nova sentença: é, diz Ferri, a pena cumulativa ou progressiva de Murry e Brown e dos codigos da India e do Japão. E' tambem o que se pratica em Massachusets e Illinois, no Uru-

guay apoz a abolição da pena de morte; na Australia, Nova Zelandia e Transvaal. Uma lei inglesa de 1908, e um projecto de codigo penal austriaco da mesma data applicam ao criminoso perigoso uma detenção supplementar indeterminada com o *maximum* e o *minimum* prefixados. O projecto suisso permitte substituir a pena determinada pela prisão indeterminada no caso habitual. O Codigo noruego auctorisa pena supplementar no criminoso reincidente e incorrigivel.

Prins quer que se individualise a pena na medida do possivel, acha sua origem na distincção romana dos *humiliores e honestiores* e na distincção salica para a determinação da tarifa do *wehrgeld*, entre escravos, livres e nobres.

A differença é que a individualisação moderna não restaura privilegios mas reconhece differenças de natureza entre os delinquentes, de modo a cada grupo ter um factor psychico proprio a agir contra o criminoso, como pensam Wahlburg e Saleilles.

E' para isto que elle distingue os criminosos educaveis dos incorrigiveis e dos anormaes que dão tres ordens ás penas.

Afinal surge a theoria da individualisação da pena determinada pela criminalidade latente, virtual, do criminoso como ser perigoso e da criminalidade concreta do facto criminoso, em seguida as classes de criminosos que para Saleilles são tres, sem criminalidade propria, de criminalidade superficial e de fundamental a que correspondem penas intimidantes, reformadoras, eliminadoras; o que

foi desdobrado por Cuche accrescentando os menores e as suas penas educadoras; e ainda mais por Prins distinguindo-os anormaes (alienados e defeituosos) cujas penas devem ser preservadoras, e os normaes que si não menores devem ser educados, e si maiores reprimidos pela reforma si são corrigiveis e por eliminação si incorrigiveis; sendo ao contrario restricto por Chaves, que só admitte tres systemas, educativo dos menores, reformativo dos adultos corrigiveis e eliminativo dos incorrigiveis.

Liberação condicional é a suspensão da pena ou mesmo da condemnação nos crimes que tem penas ligeiras, por ter o criminoso boa conducta que no ultimo caso é anterior á practica do crime, ficando o liberado sujeito á fiscalisação nos Estados Unidos ou á caução na Inglaterra, ou sem esta sujeição na França e Belgica e não reincidindo no acto criminoso.

Tem assim duas hypotheses. A primeira das prisões longas appareceu em 1847 nas transportações dos condemnados em crimes graves para Australia e tem como rasão aproveitar-se a melhora do criminoso, animando-o a proseguir a correcção iniciada. Da Inglaterra propagou-se a Portugal, Saxe, Suissa, Servia, Allemanha, Dinamarca, Croacia, Hollanda, França, Belgica, Italia, Suecia, Noruega, Brasil (art. 50 do Codigo).

A segunda hypothese das prisões ligeiras appareceu em Massachusets em 1869, quando o preso era jovem e applicou-se em Boston 1878 aos presos adultos, suspendendo-se a con-

demnação para, evitar as prisões de curta duração e assim ganhar a sociedade em vez de perder um homem.

Tambem se propagou a varios paizes, como Inglaterra, Belgica, França, Genova; Luxemburgo, Portugal, Allemanha, Noruega e muitos cantões suissos e Sião.

Variam as especies de penas que ella evita com os paizes. Na Belgica deve ser de 6 mezes para menos. Na Suissa e Sião de um anno para baixo. Na Inglaterra e Estados Unidos de 2 annos para menos etc.

Tivemos um Projecto de 1906 modelado segundo Chaves pela lei francesa auctorisando a concessão da liberacção condicional por prisão de cinco annos para baixo não reincidencia e ausencia de perversidade ou corrupção de caracter no delinquente etc; e combatido por excluir as reacções moraes da pena, por diversos deputados; quando deveria ser apenas adaptado á experiencia dos povos civilisados, pela restricção aos dois casos conhecidos, prisão ligeira e bom comportamento anterior, ou prisão longa e bom comportamento posterior durante muitos annos, para em ambos os casos aproveitar um homem dentre os criminosos.

Essa questão ferida em nosso congresso é mais geral.

Os classicos em geral, pelo menos os sectarios do principio da justiça e do moral, para não fallar dos da expiação religiosa, repellem a liberação condicional que fere de frente a um desses principios.

Os utilitaristas, bem como os naturalistas

e criticos, a acceitam, excepção de Lombroso que vê nella um dos factores do augmento do delicto (!). Ferri por exemplo acceita-a como um dos processos punitivos convenientes para os criminosos occasionaes, de crimes ligeiros; e Garofalo apenas entende que deve variar com as condições sociaes e com os sentimentos moraes dos povos. Prins entre os criticistas a restringe dizendo que o preso cuja conducta em prisão fôr exemplar, mas que não possuir fora appoio moral ou material, não offerece segurança e no seu interesse mesmo deve se hesitar em liberal-o definitivamente. Va; mas não se dando este facto deve ser liberado.

Classificação das penas pelo criterio finalistico ou funccional, em meramente repressivas e reformadoras ou educadoras.

As penas por si são todas repressivas qualquer que seja o meio de repressão, eliminação ou segregação, reparação ou privação etc. E' o regimen que pode tornar a pena de prisão reformadora ou educadora.

Os classicos umas vezes levados pelo sentimento de odio ao crime outras vezes ao contrario pelo sentimento de piedade pelo criminoso e mesmo de dignidade social incompativel com as torturas impostas aos criminosos assignaram indevidamente a toda pena um fim ora intimidante ou mesmo repressivo (utilitarios e jurisdiccistas), e ora emendador (moralistas), para não fallar na antiquada expiação dos theologos.

O humanitarismo que não se filia a nenhuma das escolas criminaes, pelo menos nos seus ultimos representantes, a partir de Howard, foi que modificou essas ideas fazendo a educação e a reforma depender não da pena de prisão mas de seu regimen.

Os naturalistas, abandonando essas ideas, dictas chimericas, de odiosidade ao crime, porque elle é uma fatalidade organo-psychologica, contra a qual o homem tarado não pode ir, bem como a de humanitarismo e de dignidade social que só favorecem o criminoso, em um verdadeiro escarneo á miseria honesta, tem outras suggestões que entretanto são favoraveis ao criminoso.

Ferri tendo considerado a pena unicamente como um processo de defesa social e concommittantemente como um remedio á uma molestia da sociedade, *tomado pelo organismo social* (!), classifica esses processos defensivos ou remedios em *eliminatorios* dos criminosos incorrigiveis,, ou natos que são as colonias agricolas e a morte enquanto existir, e cujo fim é evitar a reincidencia; *repressivos* dos criminosos corrigiveis em crimes graves, e que são as mesmas transportações a colonias agricolas, detenções em carceres etc, com certa temporariedade, *reparadores* quando possivel do damno causado pelo delicto nos pseudo crimes dos passionaes e nos crimes culposos e fortuitos; e *preventivos* que substituem as penas, evitando os crimes.

Garofalo labora nas mesmas ideas, definindo a pena como reacção social que é exclusão do membro cuja adaptação ás condições

do ambiente se revela incompleta ou impossivel, dizendo que basta o individuo numa occasião unica não se comportar consoante aos principios de conveniencia, de honra e de moral para induzir-se que as sotopõe ao praser do egoismo; e em seguida deve ser *eliminado* pela morte ou pela mudança de meio, para que se effectue a boa selecção social; e em seguida classifica as penas em *eliminadoras* dos grandes malfeitores ou dos assassinos, *relegadoras* dos impulsivos, *deportadoras* dos ladrões, *reparadoras* dos crimes ligeiros, etc.

A terceira escola tem soluções divergentes e tomadas ás duas escolas extremas.

Liszt descortina em toda pena *segregação* do criminoso para não offender a sociedade, *intimidação* para revigorar as representações enfraquecidas que reprimem os maus instinctos e *emenda* para modificar o caracter.

Prins distribue-as em *eliminadoras* dos adultos de mau passado, *educadoras* dos jovens e adultos de bom passado e preservadoras ou medicadoras dos anormaes em manicomio.

Alimena classifica-as em *repressivas* dos criminosos propriamente dictos *reformadoras* dos menores e vagabundos e educadoras dos surdos mudos e medicadoras dos alienados em manicomios, dando á toda por fim immediato a *segregação* do criminoso para não lesar á sociedade, tendo uma disciplina *emendadora* e por fim mediato a exemplaridade que age como motivo opposto ao crime na consciencia de todos.

A pena, pondo de parte o caso da repara-

ção do damno e da prevenção por processos previos, será simplesmente *eliminadora* dos criminosos natos ou incorrigiveis e *repressiva* dos criminosos occasionaes ou corrigiveis, operadas porem ambas pelas colonias agricolas, com variação do tempo de duração como, quer Ferri ou pondo de parte ainda as preservadoras ou medicadoras dos anormaes, será a pena *eliminatoria* dos adultos de mau passado e tambem *educadora* ou reformadora dos adultos de bom passado e dos menores, como quer Prins, ou ainda pondo de parte as educadoras de surdos mudos e medicadoras de alienados, será a pena *reformadora* dos menores e vagabundos e *repressiva* dos criminosos propriamente dictos, como quer Alimena?

Ha ahi uma questão de criminosos e outra de finalidade da pena determinada pela solução da primeira, alem da questão nominal que não tem importancia mais.

A questão do criminoso nato sahe fora deste estudo e já foi por nós resolvida no sentido do reconhecimento, *siat in quantum* até que a biologia resolva-a com proficiencia, do criminoso ser uma persistencia da barbaria dos antecessores dos povos civilisados actuaes, não só nos sentimentos da ferocidade ou de indifferença ao valor da vida humana, como no typo physio-gnomico geralmente semelhante ao typo mongolico que é o representante actual do descendente do homem de *Cro-Magnon*, antecessor mediato dos amarellos pelo typo e dos europeus pela região, em que vivem e provavelmente se formaram as raças indoeuropeas de que provem, os celtas, depois hellenos,

depois italiotas, depois germanos pois todos elles desceram do norte para o sul, ficando na maior parte os ultimos em suas patrias ao lado dos slavos, e os indus a par de suas tradições emigratorias estão degenerados na Asia, provando pelas persistencias do typo primitivo, como a cor das creanças que foram irmãos dos europeus.

Tendo porem Ferri e como elle quasi todos os naturalistas reconhecido que existem criminosos natos incorrigiveis e criminosos occasionaes corrigiveis, devia ter logicamente concluido que os primeiros devem ser eliminados para não voltarem a estragar a sociedade e os ultimos reformados, porque não ha necessidade de eliminal-os desde que podem ser corrigidos e assim voltarem proveitosamente á sociedade; e em seguida as penas que são sempre repressivas tornam-se num caso eliminatorias e em outro reformadoras. E' a este resultado que chegam Prins e Alimena sob nomes differentes: eliminatorias (Prins), e repressivas (Alimena), dos criminosos adultos de mau passado (Prins), ou dos criminosos propriamente dictos (Alimena), e reformadoras (Alimena) ou educadoras (Prins), ou dos menores e dos vagabundos, o que desnatura a especie em questão, (Alimena).

Nossa solução da questão do typo criminoso não intervem aqui porque a corrigibilidade ou incorrigibilidade é phenomeno experimental que não pode ser resolvido deductivamente. Apenas pensamos que o criminoso nato é incorrigivel porque é um representante de antecessor mais antigo, lá para a selvageria

primitiva das raças actuaes que persistiu na barbaria e persiste na actualidade: sua caracteristica é a ferocidade isto é, a inherencia de sentimentos maus; ao passo que é possivel que homens das epochas transitorias, desses tempos barbaros ainda crueis (e talvez mais pela intelligencia desenvolvida á serviço dos sentimentos) mas em que já appareciam sentimentos bons em concorrencia com os maus, se mantenham até hoje como criminosos passionaes, tambem gerados por cruzamentos de raças antagonicas; e ainda persistam homens de tempos em que acabavam os sentimentos ferozes e ainda não existiam os bons, que são os criminosos occasionaes.

Ora ambos estes têm condições para a reforma, a ausencia de sentimentos de qualquer especie no occasional, cuja reforma será o trabalho de lhe inocular um sentimento bom; e a coexistencia de ambos os sentimentos bons e maus no passional cujo trabalho de reforma será destruir o sentimento mau e fortificar o bom por exemplo mostrando-lhe que a mulher que elle offendeu é companheira e não escrava do homem (como elle sentia), portanto cooperadora indirecta da sociedade onde elle dignamente cooperava. Ambos esses grupos de criminosos (natos tambem, porque são hereditarios como os outros) que se podem chamar secundarios são reformaveis portanto e tanto mais quanto mais recentes ou novos até chegarem a educaveis na menoridade; mas os criminosos natos verdadeiros (os de Lombroso e sua escola) elles são unicamente eliminaveis porque não se destroe instincto.

Por outro lado os criminosos cujos actos provam a sua perversidade a ponto de dar-nos certesa de sua incorrigibilidade, não podem ser acompanhados por criminosos que por falta de manifestações de perversidade dão a esperança de ser corrigiveis, (não se devendo prejulgar uma questão de facto por uma hypothese de interpretação tão divergente como a do typo criminoso), sob pena de não serem os primeiros sufficientemente punidos ou de punir-se de mais aos segundos. A eliminação dos perversos faz-se por transportação ou cousa que o valha, ao passo que a punição dos não perversos faz-se por segregação ou prisão dentro da sociedade a que elle pertence.

Será melhor apagar sua differença, remettendo ambos para as colonias agricolas como quer Ferri? Ainda o estudo não está sufficientemente feito, pela estatistica dos resultados do regimen reformador; mas por isto mesmo não se tem o direito de prejulgar a questão, e alem disto assevera-se a vantagem do regimen reformador.

Como quer que seja, no ponto de vista theorico a verdade é outra: Toda pena é por si repressiva, quando não se relacha ao ponto de tornar-se um gôzo; mas algumas se fazem por eliminação, affastando o criminoso do paiz, outras por segregação, mantendo-o dentro do paiz, a que pertence, e ainda outras pela privação de certos direitos entre os quaes estão os patrimoniaes que em certos casos effectuam uma *reparação* do damno occasionado pelo delicto, mas somente isto. O regimen da pena de prisão é que lhe dá outro caracter ou

modifica o caracter finalistico da pena. Assim a prisão mixta pode ser encarada como segregadora, a cellular como eliminadora e a progressiva como reformadora. Por outro lado, o regimen só, sem verdadeira pena, sem prisão pode ser educador, como é a entrega dos menores criminosos a casas de familias honestas, do mesmo modo que os paes o fazem muitas vezes sem ter havido crime.

O fim eliminatorio opera-se pela condemnação á morte e á transportação mas tambem pelo systema cellular.

A condemnação á morte não obstante ser ainda quasi universal, pois a tradicção e a rotina, si não a criminosidade primitiva a mantem, ja está abolida em muitos paizes que tiveram a sua frente como legisladores homens já inteiramente evoluidos. Garofalo que a sustenta no caso do delinquente ser inassimilavel, por convir-lhe a eliminação absoluta que é realisada pela morte, diz que é injusto fazer soffrer a um homem um mal mais grave que o que elle merece, unicamente com o intuito de exemplo servindo sem querer a ideada justiça e ao sentimento de piedade. Ferri vae adiante e conclue pela inutilidade da pena da morte. Afinal os humanitaristas, isto é, os homens que tomam a sociedade como ella é, uma cadeia de homens com consciencia e suas modalidades sobrepostas aos instinctos e reflexos animaes a repellem em nome dos sentimentos e da intelligéncia.

A transportação para as colonias agricolas pode ser tudo, condemnação á morte si a situação da colonia é má, mera eliminação, si é

boa e eliminação repressiva si as condições são taes que haja ahi uma verdadeira pena.

Tractando da *Penitenciaria* Cuche diz-nos a respeito das colonias agricolas de França que existem duas uma na Guyana e outra na Nova-Calendonia, que ambas não preenchem o seu fim repressivo e Foucher e Richard secundaram-o.

A colonia guyanense é a morte dos presos; a da Nova Caledonia o seu paraizo, ao ponto dos criminosos natos d'aquelle paiz matarem afim de ser para la transportados.

O mesmo occorria quanto ás colonias penitenciarias inglezas quando existiam, pelo menos durante o tempo que se faziam na Australia.

De 1788 a 1820 a colonia australiana era o inferno dos presos, muitas vezes sem alimento, sempre com muito trabalho de desbravar as terras incultas e applicações frequentes de castigos, ferro, chicote etc.

De 1820 a 1830 a sorte dos colonos penaes variou, era miseravel ou feliz, segundo o caracter do senhor, pois elle era escravo temporario do colono livre que o explorava resolutamente sem que ninguem se escandalisasse com o facto. De 1830 a 1840 epocha em que a colonia foi suspensa salvo para os liberados condicionaes que foram até 1868, a lucta dos colonos livres contra a metropole pela remessa dos transportados, o espirito liberal dos mesmos, e seu patriotismo conducente a reerguer a patria nova, affrouxaram de tal modo a repressão que a criminalidade augmentou rapidamente na metropole, suppondo-se devido á

inefficacia das penas. Em conclusão diz Cuche: No ponto de vista repressivo a transportação australiana nunca foi uma pena reformadora, a Inglaterra parecendo se desinteressar pela regeneração moral de seus convictos expatriados." Nem tão pouco foi repressiva. Ella teve para os colonos penaes ingleses a mesma attracção de Nova Caledonia para os francezes... Com um antigo governador da Guyana é preciso diser que não ha colonisação penal ha simplesmente um emprego possivel da mão d'obra penal aos colonos?... Falando da colonisação russa de Sakhalina continua Cuche: "O resultado é que só cuidam (os colonos) de evadir-se, a vagabundagem é seu genero de vida habitual e o roubo seu meio de existencia, sem fallar do alcoolismo de tal modo intenso que aldeias são estragadas e da prostituição a que só escapam tres por cento das mulheres.

A vista do exposto vê-se a que fica reduzido o elogio que dellas faz o Ferri fazendo nellas consistir a punição dos adultos incorrigiveis e corrigiveis de crimes graves, sendo perpetua nos primeiros e temporaria nos segundos, pelas vantagens do trabalho ao ar livre, hygiene e moral que melhoram as condições sociaes da lucta pela vida, conservam os laços da familia, e dão aos criminosos um destino natural, de colono da região onde cumpre a pena, sem as insufficiencias do patronato, e ao Estado as vantagens da colonisação de suas terras.

O systema cellular é uma condemnação á uma morte operada lentamente. A prisão de

Valnut Street em Philadelphia fez a experiencia do isolamento sem trabalho, livros e visitas e foi tal o resultado que ficou conhecida como prisão para os condemnados á morte. Ferri chama-a de maior aberração do seculo XIX porque elimina o instincto de sociabilidade, produz a tuberculose e a loucura; isto quando é verdadeira porque no caso contrario é um insulto atroz e revoltante á miseria honesta pelas suas sumptuosidades. Lombroso tambem a ataca nos seus *Palimpsestos das prisões*. Já Aristoteles disse que para viver preso é preciso ser deus ou bruto.

Dizem que Pelisson fez a educação duma aranha na masmorra da Bastilha. O medico Beauvais, que operou na prisão de Mazas em França julga que ella não convem aos sanguineos, plethoricos, apopleticos, trazendo-lhes congestões cerebraes, hemorrhagias nasaes ou pulmonares; e aos anemicos e nervosos, a que trazem prostrações, palpitações, inappetencias e allucinações. Favorece a tuberculose e accelera sua evolução. Bonnet diz que ella exerce terrivel influencia sobre o physico e o moral, intimida pouco e não impede a perpetração do crime. O suicidio é frequente. A de Louvain leva ao embrutecimento visinho do idiotismo. O dr. Collineau affirma que traz alienação mental." Deste modo as suas vantagens que são a incommunicabilidade dos vicios e a libertação da influencia dos maiores é destruida pela molestia e pela incapacidade para viver fora da prisão. Gauthier no *Mundo das prisões* julga que na organisação actual das mesmas, tudo é combinado para esmagar

o individuo e destruir seu pensamento e sua vontade. Prins diz que não se prepara o homem para uso da liberdade social, extinguindo-se do seu espirito a imagem da vida e da sociedade.

Não é só o systema cellular que é defeituoso, que não alcança o seu verdadeiro fim.

O mesmo acontece com o systema penitenciario communista e com o mixto; mas com uma differença, que é o communista ser francamente repressivo, e o mixto pretender erroneamente reformar o condemnado, alem do primeiro ser dissolvente ou corruptor de alguns detidos que ainda tenham possibilidade de emenda.

As prisões communistas dizem Faucher e Richard na *Encyclopedia de Medicina e hygiene* de Jules Rochar são escolas de crimes. Os criminosos mais perversos fazem leis e seus discipulos são duma docilidade a toda prova. Já se vê que fora das prisões os chefes continuam a imperar e em suas mãos as naturesas instaveis se tornam verdadeiras manivellas.

As prisões mixtas ou auburnianas com o isolamento á noite não chegam a essa degeneração; mas tambem não conseguem melhorar os presos, porque não tem estimulos, limitando-se a não matal-os lentamente pelo trabalho em commum, cuja obrigação do silencio absoluto entretanto, revolta pela compressão da sociabilidade humana, enchendo a alma de constante rancor que estraga em vez de melhorar. Deste modo o systema fica simplesmente repressivo.

Entendido assim o regimen penitenciario é duplo, educador e reformador.

O educador está nos naturalistas; mas o reformador excepção de Lombroso é só dos classicos e dos humanitaristas principalmente, acceitos pelos criticos, Liszt chamando ambos, ao que parece, de emendadores, Prins denominando ambos de educadores. Já Alimena chama reformador ao regimen que educa os menores e os vagabundos, dando o nome de educador ao dos surdos mudos, mas quer que toda pena seja emendadora, como si a emenda viesse da pena em geral e não do regimen especial.

Entre elles salienta-se Prins combatendo a prisão cellular que pela uniformidade habitua a si os criminosos e pela curta duração algumas vezes, fica verdadeiro hotel, para passar alguns dias durante a má estação; e porque lhe faltam os verdadeiros requisitos da pena que são personalidade, reforma, exemplaridade, pois soffre a familia, augmenta o crime e só se emendam os caracteres corrigiveis ou indecisos, não tendo acção sobre individuos de caracter recto nem sobre os incorrigiveis perversos; nem a remissibilidade, porque ao sahir da prisão o criminoso não tem recurso para subsistir por si, honestamente, não obstante o desenvolvimento actual do patronato. Não admitte tambem a transportação para colonias agricolas porque si suas condições atmosphericas são más, é a morte lenta e si são bôas, é o bem estar, quando os pobres honestos vivem na miseria, alem de ser um insulto e um perigo á colonia livre por cujos

protestos a Inglaterra mudou a transportação, da Australia para Portland, Portsmouth e Chatham. Entende que a pena deve ser adaptada á naturesa do delinquente pela individualisação.

Regimens penitenciarios reformadores e educadores.

A finalidade da pena cerceadora da liberdade e seus annexos, completa-se por outros processos, tudo o que constitue o regimen penitenciario.

Regimens penitenciarios são assim os conjunctos de meios empregados junctos á pena de prisão para a consecução do fim ou funcção da pena, a bem do criminoso e da sociedade a que elle volta.

Podem ser distinctos em positivos e negativos estes sendo uma especie de residuo operado pelos fins positivos que são a educação e a reforma do criminoso. Os fins puramente repressivos (eliminatorio ou segregatorio), que são esses residuos, não são pois regimens e sim a sua ausencia, porque ahi não se procura conseguir a verdadeira funcção da pena que é a melhora do homem, satisfazendo-se com a impossibilitação perpetua ou temporaria da reproducção do ataque á sociedade pelo preso.

Empenhado neste estudo practico da funcção da pena pelo seu resultado, Cuche classificou a materia em *eliminadora* dos criminosos incorrigiveis, *reformadora* dos corrigiveis

e viciosos e emendaveis, alem da *educadora* dos menores e da *intimidadora ou repressiva* para os crimes ligeiros e outros de occasião; e Chaves em campanha identica reproduziu-o com modificações que são accrescentar aos emendadores ou educaveis, os vadios e vagabundos porque não são criminosos, e supprimir as penas intimidantes e seu regimen que collocou no reformador, taes são a pena de curta duração, a mulcta, a condemnação pronunciada com espera (*sursis*), que se substituirão pelo chicote e perdão com reprehensão, ou advertencia e interdicção do direito, pois ambos reconhecem que a prisão de curta duração está desacreditada como proporcionadora da corrupção dos criminosos de occasião ou corrigiveis.

O regimen educador não tem caracter punitivo, não é disciplinado por pena propriamente dicta mas caracterisado pela subtracção do menor ao meio que o estragou, sendo entregue a escolas ou casas de familia em boas condições e sujeitos a processos de educação moral... instructiva e profissional, com regimen disciplinar e liberação condicional, que variam com as series das creanças, classificadas pelo seu grao de perversão moral, tendo os institutos bons predios, em condições hygienicas, pessoal educador numeroso e escolhido, como fez Brochward no reformatorio de Elmira, duração prolongada da educação etc; e consistindo principalmente em recompensa e privações das mesmas bem como recreios e visitas, perda de empregos, de galões, de beneficios, reprehensões, isolamentos na refeição,

jejum a pão e agua etc internamente em cellulas, em colonias correccionaes etc, alem de tutellas e tribunaes proprios.

As creanças criminosas ainda que ajam com discernimento não podem sob pena de irracionalidade da auctoridade, ser submettidas ás penas severas dos adultos porque não tem a sua resistencia etc, do mesmo modo que estes não podem ficar em commum com as mulheres; e seu regimen deve ser de educação, qualquer que seja a idea a respeito porque não temos o direito de prejulgar uma questão de tal importancia que deve ter sua solução experimental, por ideas preconcebidas, e a experiencia ao contrario nos ensina que o homem aprende sempre, que até chegar a êdade maior se educa, e muitas vezes até depois da maioridade porque a educação é um processo que é exercido em grande parte pelo proprio individuo quando se submette a uma norma de conducta.

O regimen reformador tambem é necessario porque a repressão não é um regimen, é o fim immediato de toda pena, qualquer que seja o resultado longiquo da pena ella tem este fim; e porque si certos criminosos não são educaveis ou reformaveis, e outros ao contrario são reformaveis e educaveis, sem isto não ha rasão para separal-os dos primeiros, pois eliminação por mais ou menos tempo lhes era applicavel. E' o que acontece com os criminosos occasionaes dos naturalistas e deve acontecer com os passionaes. Depois porque reconhecer os criminosos occasionaes como corrigiveis e não tractar de corrigil-os?

O que é corrigivel se corrige; e desde que o criminoso pode ser correcto, seu regimen deve ser reformador, isto é, sua penitenciaria deve ter um regimen apropriado que não se limite a eliminar ou a segregar mas a reformar o adulto como o da creança se propõe a educal-a.

A rasão de Ferri ficar na repressão geral para os criminosos que não menores nem eliminaveis, é dar-lhes a mesma pena de relegação nas colonias agricolas; mas é incoherente porque por mais vigilancia que haja põe individuos corrigiveis em contacto com os incorrigiveis, em detrimento dos primeiros e portanto da sociedade a que elles devem voltar apoz o cumprimento da pena temporaria. Bem andaram os penitenciaristas distinguindo os regimens pelos criminosos e seus crimes. Cuche considera como eliminadoras a pena de morte e a transportação (relegação) e principalmente esta porque a primeira é improcedente, imposta aos criminosos profissionaes ou de crimes graves; e como reformadora as penas privativas da liberdade cumpridas em boas penitenciarias, em edificios proprios, tambem em boas condições hygienicas, conduzidos por um pessoal ainda apropriado, sendo os detidos sujeitos a um regimen conveniente, em condições hygienicas e boa alimentação, a um regimen moral educativo e instructivo e para isto ainda a um disciplinar; com organisação de trabalho, com proveito parcial do detido, e sobre tudo com recompensas e punições por seus procedimentos bons e maus, e afinal pelas vantagens da liberação condicio-

nal quando ja inspiram a confiança; e Chaves ainda adverso á pena de morte como irrevogavel e não graduada, tambem caracterisa o regimen eliminatorio pela pena de transportação, devendo o criminoso corrigivel ser punido pelas mais penas, inclusive as de curta duração de multa e de liberdade condicional que Cuche separa para o regimen da intimidação, confiscação e penas moraes de reprehensão, publicação da sentença de condemnação e a liberdade condicional, penas privativas de direitos com indeterminação da sentença, regimen educativo, moral, instrucção, trabalho, peculio, patronato em penitenciaria progressiva e só na falta auburniana etc.

E' verdade que Garofalo levado na sua *Criminologia* pelo principio da hereditariedade exclusiva disse que os menores não tem senso moral que Darwin derivou da sympathia pelos semelhantes e Spencer fez producto do raciocinio de conducta tornado habitual e depois hereditario; mas Lombroso no *Crime, causas e remedios,* influenciado pela accumulação da adaptação á hereditariedade, crê na nutrição moral desses criminosos, pelo convivio das familias honestas, pois nessa idade a suggestão é poderosa e pela actividade continua no sentido do bem, tudo o que previne os crimes occasionaes e alcança sinão a correcção a transformação util dos criminosos natos. Lanessan tambem na *Lucta contra o crime* pensa que as qualidades moraes, virtude, vicio, etc não são hereditarias; e que a criminalidade decorre dos sentimentos e paixões produzidas pelas necessidades naturaes.

A educação é o accrescimo feito á repressão dos menores não só porque quasi sempre foi a sua falta que determinou o crime, como porque em face da sua vida futura é melhor tornal-o um homem digno do que mantel-o no estado abjecto em que se acha ou peior ainda rebaixal-o mais pelo exemplo nocivo dos companheiros maus e pela falta da convivencia social e de outros estimulos do homem. Isto mesmo reconhece Ferri para quem tambem os menores devem ser entregues a casas de familias honestas, etc.

Persiste a questão em relação aos adultos corrigiveis de Ferri, de bom passado de Prins, vagabundos de Alimena, que por não serem criminosos propriamente dictos, faz que este auctor saia fora da questão da pena reformadora, mas só pode ser resolvida empiricamente. A sciencia que o estuda é a penitenciaria definida por Cuche com sciencia applicada cujo fim é alcançar pela practica uma organisação racional e efficaz da lucta contra o crime; isto é, estudo das funcções da pena e da organisação practica da sua adaptação ás mesmas (*Sciencia e legislação penitenciarias*) ou como diz Chaves, sciencia da pena organisada como funcção da emenda dos criminosos e da segurança individual e publica, alem da neutralisação dos factores potenciaes da criminalidade (*Sciencia penitenciaria*).

Esta mesma que Liszt chama de penalogia ou politica penal e que Ferri põe na sociologia criminal como estudo ou meios para a defesa preventiva e repressiva do crime.

Lombroso foi cordato e no *Crime, causas*

e remedios fez o elogio do systema progressivo que é o processo capital desses regimens, como conciliador da economia que é possivel com a psychologia criminal, porque permitte a passagem gradual do criminoso á liberdade completa.... dá meios ao publico para vencer as desconfianças para com os liberados e a estes a confiança em si..

A essencia si é possivel dizer-se do systema progressivo é a reforma dos habitos psychicos do homem.

Deste modo, diz Cuche, Maconochie visava collocar a sorte do condemnado entre suas proprias mãos, impor-lhes como uma serie de multas.... arrastando-o durante o cumprimento da pena a estes habitos de economia e de previdencia que o preservam duma queda em seu livramento.

O resultado foi maravilhoso transformando completamente esta população revoltada... O systema progressivo prepara a pouco e pouco o condemnado á sua liberação, creando entre a prisão cellular e a plena liberdade um ou dois regimens intermediarios... dois na Irlanda.... sob Crofton e um na Inglaterra actual. Do reformatorio de Elmira continua Cuche, a parte a critica auctorisada da *Association Howard,* tem feito apreciação elogiosa e algumas vezes enthusiasticas, todos os visitantes extrangeiros como Asschrott, Winter, Yvon... E' impossivel diz Winter que uma tão excellente disciplina moralisadora não tenha efficacia superiora. Narram-se numerosas e tocantes resurreições moraes cuja lembrança

é evocada com simplicidade por aquelles que tem sido testemunhas quasi sempre activas. E' conclue Cuche, o sacrificio de todas as funcções da pena á emenda: si acontece prisão antes da liberação condicional isto basta e a prevenção collectiva não terá a manter o emendado um dia mais no reformatorio."

A melhor prova das vantagens do systema progressivo para a reforma dos criminosos corrigiveis porem é a confissão de Ferri, dizendo que não nega que elle seja melhor ou menos mau que os outros, *não obstante accrescentar,* mas não é preciso esquecer que um grande numero de effeitos quasi milagrosos de emenda e de reducção no numero das reincidencias dos delictos, são devidos, na Irlanda á emigração consideravel dos liberados para a America... E na America a que é devido o benefico resultado si não ao proprio instituto? La não ha a emigração referida. Tem porem rasão Ferri quando o exclue da Italia, patria do crime, dizendo que em todo caso é inapplicavel ao referido paiz, onde ha um stock de malfeitores, como disse Renzis. Para os grandes males os grandes remedios e ahi só evolução social.

O que leva os naturalistas a repellir as penas reformadoras educadoras é a falsa idea do caracter. Tendo Ribot nas *Molestias da vontade* julgado o caracter uma stratificação successiva de elementos biologicos, psychologicos e sociologicos, sobrepostos uns aos outros, concluem que a educação não influe sobre o caracter já formado, agindo, sobre os amorphos que ficam instaveis.

De que valem as leis da adaptação de Lamarch e da selecção de Darwin, si a hereditariedade é a unica força despotica, absoluta do homem e portanto dos animaes?

E si a adaptação e a selecção (uma ou ambas, pouco importa aqui) são forças reaes, na animalidade e no homem, si foram os factores da evolução biologica e mesmo como muito se quer hoje da psychologica e da sociologica, porque estacar em frente dellas o caracter do homem com um limite intransponivel? A ser se logico, o caracter animal (desde que é stratificação é tambem animal), teria feito o mesmo e a animalidade não poderia ter variado, no terreno dos instintos, tornando-se uns industriosos (castores, abelhas) ou simplesmente sociaveis (macacos, lobos). A mudança operada na especie ha de começar no individuo: e a questão das qualidades adquiridas pelo individuo fixarem-se na especie, o prova: Dir-se-a que a mudança de cada individuo é uma grão de areia na montanha do seu caracter? Não creio. A domesticação dos animaes, não lhes destroe os instinctos, mas aguça sua intelligencia, como é prova a maravilhosa delicadesa de acção do elephante e sua intelligencia é instinctiva. Depois homem não é animal, tem rasão e consequente vontade que podem ser educadas.

Povos de piratas, como foram os normandos e dinamarqueses, estão hoje civilisados, instruidos, moralisados, sendo os ultimos os mais abstinentes da Europa num clima em que os outros bebem dolorosamente; e povos cavalheirescos, como foi o polaco, onde os homens

eram tão corteses para as mulheres, que desciam as calçadas para dar passagem ás senhoras que encontravam, como ainda se faz na Hespanha, degeneraram ao ponto das suas mulheres encheram os mercados mundiaes da dissolução, desde a cessão feita a Napoleão.

Pode acontecer que Pedrito selvagem e educado na Europa volte á sua selvageria primitiva, e que as mulheres annamitas ou indianas etc deixem seus maridos europeus para voltar á escravidão de suas patrias; mas é verdadeira tambem a idea dos stoicos louvando a serenidade do sabio que se colloca no ponto de vista da necessidade e que se sente livre acquiescendo ás leis do mundo. Educar deve ser como queria Rousseau respeitar o caracter individual innato, porque é mais seguro; mas quando esse caracter é mau é preciso combatel-o, para melhoral-o; e isto tanto nos outros como em nós mesmos. A vontade se educa pela intelligencia: Schopenhauer.

A educação, segundo Dugas na *Educação do caracter,* determina as circumstancias proprias a favorecerem ou impedirem o desenvolvimento das qualidades moraes ou das formas do caracter vantagosas ou desejaveis.

Hoje existem innumeras obras procurando disciplinar o caracter ou a mais forte de suas manifestações, a vontade. E si a vida é uma escola em que se aprende sempre porque não ha de ser tambem educadora, ensinando a respeito do caracter, isto é, do exito e das decepções do seu modo de proceder?

Trata-se porem especialmente dos caracteres instaveis ou amorphos, pois os crimino-

sos natos verdadeiros são apenas eliminaveis, para todos.

Si a Ethologia de Mill é uma verdade, se ha formação do caracter como theorisam Malapert e outros, os instaveis, isto é, os criminosos occasionaes, a que faltam os sentimentos bons como os maus, e os passionaes que tem ambos, devem ser reformaveis, incutindo-se sentimentos bons nos primeiros e eliminando-se os maus nos segundos.

Patronato

A vista do exposto, da reforma dos criminosos adultos corrigiveis e da educação dos menores, é justo que a sociedade que se interessa pela sua sorte, não só porque tem o sentimento da piedade, tambem dispensada ás victimas pela condemnação e punição, como porque a si devem voltar os mesmos condemnados apoz o cumprimento de sua pena, levante associações que tomem aos hombros dos seus associados realisar esse interesse por todos os processos, secundando de alguma forma os meios empregados pelas auctoridades para a consecução da educação e da reforma referida, visitando os presos, proporcionando-lhes meios principalmente na falta, de instrucção e educação, e sobretudo dando-lhes a esperança de encontrar na sahida um amparo ás suas espectativas de miseria e realisando com effeito essa esperança quando elles se libertam da pena, ainda que seja pela emigra-

ção que então opera como uma amnistia apagando da memoria dos seus novos conterraneos a noticia do seu lugubre passado; e combatendo por este modo a reincidencia" Prius lembra que isto põe as classes directoras á par da miseria; mas deve ser commedido feito com todo o cuidado para não retirar o trabalho dos honestos"

Os naturalistas são-lhe infensos. Ferri julga-a insufficiente. Lombroso inutil para todos os adultos.

Maxime de Camp porem logicamente só vê sua inutilidade para os criminosos natos. Com effeito se os outros são corrigiveis, se devem ser reformados porque não serem amparados dentro e fora da cadeia, desde que não se prejudiquem os bons? Appareceu em em 1776 em Philadelphia, no anno seguinte em Dinamarca, em 1823 na Allemanha, 1857 na Inglaterra, depois na França, Hollanda, Suecia, Noruega etc e até no Brasil em 1810.

Laurindo Leão.

A luta de classes em face do direito moderno

Dos factos de ordem sociologica, actualmente em discussão, resalta o antagonismo de interesses, no terreno economico, entre classes que aspiram o dominio mais ou menos absoluto das riquezas.

O economista, o jurista, o sociologo, os que observam, cada qual do seu ponto de vista, a vida social contemporanea, e cogitam de uma solução pratica capaz de suster ou attenuar os conflictos que nella se travam, estão longe de um accordo, já em determinar as condições de onde emergem, já em prescrever medidas que proclamam infalliveis.

As divergencias se aguçam e attingem o extremo quando a discussão se dá entre escolas, entre grupos afastados por um credo politico, porque, então, á serenidade do raciocinio sobrepõe-se a paixão da causa que defendem, ao amor da sciencia, ao desejo de saber

succede o espirito sectario, o calor das convicções geradas sem exame, a suggestiva esperança da victoria.

De um lado, percebe-se nesse antagonismo o effeito de leis naturaes irrevogaveis, a que o homem tem de submetter-se fatalmente; do outro, vê-se ahi um facto historico, que desappareceria com a reorganização sob outras bases da vida social hodierna.

Os que acceitam a primeira doutrina julgam que, sem essa immutabilidade das leis naturaes, seria impossivel não só o augmento continuo das riquezas, mas o evolver dos povos para outras formas de civilização; crêem, alem disso, que o *primum movens* de toda actividade e de todo progresso está no egoismo individual, cujo poder de expansão não deve ser refreado pelos governos; que, sem a concurrencia illimitada, sem a instituição da propriedade privada, sem a concentração de capitaes nas mãos do individuo ou de uma *elite*, as sociedades humanas teriam continuado a errar dispersas, sem pouso certo, sem *habitat* fixo, pelas montanhas e pelas vastas planicies da terra ainda inculta.

Entre os que assim pensam, destacam-se os economistas da escola liberal e partidarios da concepção individualista do direito, presos a principios da mesma filiação historica; são tambem sociologos que limitam o estudo do facto sociologico ao criterio darwinista da luta pela vida e da selecção natural, e descobrem na formação dos aggregados sociaes e na origem das instituições o choque violento das armas, o qual termina sempre pela victoria dos

mais fortes, cuja vontade se impõe aos vencidos e vae por sua vez constituir o fundamento juridico e politico do Estado.

Não concebem o progresso economico sem a desegualdade crescente na distribuição dos bens; sem a posse por um grupo de todas as regalias e das vantagens advindas do trabalho exclusivo ou da cooperação de outro grupo; e, nesse instincto poderoso que impelle o individuo para o bem estar, mesmo com o sacrificio de outrem, divisam o fundo psychologico da actual organização do mundo moderno, que ao optimismo de alguns se afigura o *melhor dos mundos possiveis e imaginaveis*.

Tal optimismo desapparece do lado opposto, entre os socialistas das differentes escolas que attribuem a má organização das sociedades ao contraste entre a extrema opulencia de uns e a excessiva miseria de outros; o effeito da violencia e da expoliação, uma situação originaria da força e pela força mantida como sustentaculo de direitos inviolaveis. Si todos neste ponto estão de accordo, si se declaram contra a irritante desegualdade economica, divergem quanto aos planos de reforma em que a nova sociedade por elles sonhada se deve moldar.

Os communistas exigem a suppressão da propriedade privada de todos os bens; os collectivistas querem que ella cesse para os instrumentos de producção; os adeptos do socialismo agrario desejam que somente as terras e as construcções deixem de ser do dominio individual. "Estas escolas, observa Ch. Gide,

(1) não contestam de modo algum, como erradamente lh'o imputaram os economistas para melhor refutal-as, a existencia das leis naturaes; dellas se apropriam em apoio da sua these. Sómente, emquanto esta expressão "lei natural" implica para a escola liberal a idéa de estabilidade e de immutabilidade, esta mesma expressão implica para a escola socialista contemporanea a idéa de mudança e de transformação indefinida. Em vez de representar, como Bastiat, as sociedades humanas semelhantes aos systemas planetarios, suspensos em um equilibrio eterno que jamais se perturba, ella as representa á maneira de uma planta ou de um animal que, do nascimento até a morte, se transforma sem cessar, e é preciso reconhecer que este ponto de vista é mais conforme ao espirito da sciencia contemporanea."

O communismo conta presentemente um numero assaz reduzido de partidarios, ao passo que do collectivismo, do socialismo agrario e do socialismo de Estado que se filia á escola historica, ha numerosos adeptos, mesmo entre os economistas de mais autoridade. Contribue para o prestigio dessas diversas correntes a interdependencia que, pela analyse dos factos, fazem ellas sobresair entre o phenomeno economico e os outros phenomenos sociaes; o exame dos varios aspectos da realidade sociologica, como ella se definiu nas civilizações antigas e como se delineia na edade contemporanea; a busca dos factores que determinam as formas elementares ou com-

(1) Cf. Ch. Gide, *Principes d'Économie politique*, pag. 21.

plexas de associação e as modificações superficiaes ou profundas porque passam, concomitantemente com o evolver da existencia humana. E' assaz conhecida, tendo sido objecto de reiterados commentarios, a concepção materialista da historia defendida pelo *socialismo scientifico* de Karl Marx, de Engels, de Loria e de outros. Segundo tal doutrina, os phenomenos sociologicos não são mais do que superstructuras do facto economico; este "forma o sub-solo ignorado e fecundo de onde germinam as manifestações mais diversas da actividade social" (2)

No livro de Marx, em que vem a sua celebre polemica com Proudhon, lê-se o seguinte trecho que resume o pensamento da escola: As relações sociaes estão intimamente ligadas ás forças productivas. Adquirindo novas forças productivas os homens mudam o modo de producção, e mudando o modo de producção, a maneira de ganhar a vida, elles mudam todas as suas relações sociaes. O moinho a braço nos dará o suzerano, o moinho a vapor, a sociedade com o capitalista industrial." (3)

Sem entrar em uma critica detalhada dessa doutrina, creio que o facto economico seja, como diz Loria, o subsolo da vida social, ou como pensa De Greef (4) mais exactamente, o phenomeno de nutrição das sociedades; mas a mesma distincção, o grau differencial que existe, nos organismos, entre as funcções

---

(2) A. Loria, *Morphologie sociale*, pag. 103.
(3) *Misère de la philosophie*, pags. 155 e 156.
(4) *Sociologie économique*, pags. 27 e 28.

puramente nutritivas e as funcções cerebraes, depara-se, nas collectividades, entre os factos economicos e os outros factos sociaes.

Em vez de se subordinarem os ultimos aos primeiros, ha entre elles uma interdependencia intima, uma relação estavel resultante de acções e de reacções reciprocas, de onde emerge, como *synthese creativa* de todas a mais complexa, a unidade do mundo sociologico.

Outra feição peculiar á escola marxista, justamente a que nos interessa aqui, é sua concepção do dynamismo historico. Como as outras escolas socialistas, ella vê a sociedade actual agitada pelo antagonismo economico de duas classes, a que detem os capitaes com os privilegios e o poder que aquelles lhe conferem, a outra, que é explorada pela primeira e nada possue. Semelhante facto apoia-se na lei fundamental da historia dos povos, que, para Karl Marx e para Engels, não é outra cousa que a *historia da luta de classes*: luta que actuou na antiguidade entre patricios e plebeus, na edade media entre feudatarios e vassallos, nos tempos modernos entre a nobreza e o povo e finalmente se travará entre burguezes e proletarios. "Essa theoria, escreve Enrico Ferri, não nos dá somente o motor secreto e a unica explicação positiva da historia da humanidade, ella nos dá tambem a norma ideal e rigida que disciplina o socialismo politico e o subtrae a todas as incertezas elasticas, vagarosas, inconcludentes do socialismo sentimental." (5)

Quanto aos processos a pôr em execução

(5) *Socialisme et science positive.* pag. 70.

para elevar a classe operaria dessse estado de inferioridade economico-politica, uns appellam para um golpe de força que altere *de fond en comble* as normas juridicas presentemente em vigor; outros esperam sua metamorphose de reformas graduaes, da legislação, da educação popular, da propaganda de idéas humanitarias, de toda uma engrenagem de medidas altruisticas, de uma panacéa applicada sem precipitação, pacificamente, aos males da vida contemporanea.

Ha os que pensam que o operariado deve agir pela sua propria iniciativa, deve elle mesmo executar o seu programma de reforma social, pela organização de syndicatos e pela greve; ha os que confiam á eloquencia tribunicia o poder magico de conciliar os interesses do capital e do trabalho: aquelles filiam-se ao syndicalismo revolucionario, estes ao socialismo parlamentar, duas correntes que hoje se repellem, embora saturadas da atmosphera marxista como, na historia das religiões, se repellem o catholicismo e o protestantismo ramificados do mesmo tronco.

Ao passo que os socialistas parlamentares acreditam que a conquista do poder pelo operario lhe trará na vida economica uma ascendencia illimitada, os syndicalistas crêem, ao contrario, que de nada tem servido a entrada para o governo, para os parlamentos, para os ministerios de representantes ou defensores dos direitos e das aspirações do operariado; isto porque a experiencia vem demonstrando que os Millerand, os Jaurés, os Viviani, os Bebel, e centenas de outros jamais conseguirão,

ainda mesmo á golpe de genio ou de sagacidade, mudar o curso dos acontecimentos. .

"O desenvolvimento do socialismo se faz por outra via e não pela via parlamentar e democratica"; é o que escreve A. Labriola em um resumo das idéas de George Sorel, o theorico mais eminente do *syndicalismo francez*.

E' a via revolucionaria, é a luta, não eleitoral, muito menos uma batalha de flores de rhetorica, mas a luta no terreno economico, ateada pelo "antagonismo irreductivel entre explorados e exploradores que têm interesses diametralmente oppostos." O syndicalismo não tem confiança na iniciativa dos poderes publicos; nega ao regimen democratico capacidade para firmar entre as classes a *paz social;* recusa aos parlamentos compostos na sua maioria de representantes da burguezia, autoridade e competencia para promulgar com absoluta isenção de animo, leis que garantam plenamente os direitos do operario; e por isso se afasta dos partidos politicos, socialistas ou anarchistas, porque os considera "agregados de elementos heterogeneos; são grupos de affinidade, compostos de elementos pela origem differentes, reunidos pelo laço artificial de uma opinião analoga." (6)

O lemma do novo movimento reformista resume-se na seguinte phrase que se inscreve no programma de todos os grupos syndicaes: "*A emancipação dos trabalhadores deve ser obra dos proprios trabalhadores.*

---

(6) Mlle. Kritsky, *L'évolution du syndicalisme en France*, pag. 393.

Esta emancipação dar-se-á bruscamente, pela revolução; vaticina-o George Sorel com palavras repassadas de um enthusiasmo rubro; elle escreve que "a violencia proletaria apparece como uma cousa mui bella e muito heroica; ella está ao serviço dos interesses primordiaes da civilização... Saudemos os revolucionarios como os Gregos saudaram os heroes espartanos que defenderam as Thermopylas e contribuiram para manter a luz no mundo antigo." (7)

Será, pois, a violencia o grande factor de regeneração economica do mundo moderno, de um novo regimen politico erguendo-se sobre os destroços da burguezia capitalista?

Pode-se esperar com Edward Berth "o desapparecimento absoluto da ordem burgueza e a creação de uma ordem operaria?"

E' avançar demasiado no desejo de prever, de acertar o que nem sempre se deixa apanhar na trama de factos que são a expressão de circumstancias as mais diversas. Entretanto, não se pode negar a existencia de um conflicto de interressès entre o capital e o trabalho; não se pode occultar que o augmento consideravel das riquezas aggravou a desegualdade economica entre productores. Trava-se, com effeito, uma luta franca em torno da fixação dos salarios e no terreno da concurrencia; entre individuos, e entre classes, entre operarios e emprezarios, entre os que se entregam ao mesmo genero de actividade, en-

(7) Cf. G. Guy — Grand — *La philosophie syndicaliste* pag. 55.

tre productores e consumidores, luta que se faz tanto mais vehemente com o desenvolvimento da producção capitalista, como se acha organizada sobre o trabalho salariado do operario.

Mas essa luta, longe de tender para um desfecho violento, longe de degenerar em um choque d'armas, tende a tomar uma feição profundamente juridica, porque favoravel a um accordo, a uma conciliação dos interesses em jogo, ha a opinião publica, unico poder a que hoje se curvam todos os outros. Não tolera a civilização hodierna essa hecatombe no seio de um mesmo povo, entre homens que pertencem á mesma nação.

Os factos que ora se desenrolam na Europa e que repercutem profundamente nos outros continentes, vieram fortalecer o sentimento de solidariedade collectiva entre os grupos que formam as nacionalidades: por isso é bem possivel que tendencias contrarias e interesses antagonicos pouco a pouco cedam o logar a uma nova forma de equilibrio a que melhor se accommodem as differentes aggremiações humanas. Nessa integração de elementos varios fundidos em unidades conscientes cada qual da sua funcção social, a *luta de classes* será, em vez do encontro de forças hostis, uma *luta de direitos,* em que ellas se farão ouvir egualmente garantidas e prestigiadas pelo Estado.

Joaquim Pimenta.

Teixeira de Freitas

Discurso pronunciado pelo Dr. Clovis Bevilaqua no Theatro Mnnicipal, a 19 de Agosto de 1916. centenario do nascimento do Jurisconsulto brasileiro, solemnizado pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e pela Faculdade Livre de Sciencias Juridicas e Sociaes. Presidencia do Sr. Senador Ruy Barbosa.

Um espirito devotado á sciencia do direito e á realização do justo, como os que mais o forêm, o meu eminente amigo SÁ VIANNA, já escreveu, com religioso carinho, o que eu chamarei a biographia intellectual de TEIXEIRA DE FREITAS, porque fôram as idéas do mestre que, principalmente, o interessaram. E a vida do grande jurisconsulto foi, precisamente, a vida das suas idéas.

O homem apaga-se, ante a luz intensa, que irradia da mente fecunda, em elaboração constante até ao momento doloroso, em que a machina espiritual, forçada por excessivo trabalho, se desconjuncta, arruina e despedaça, interrompendo a actividade scientifica, antes que a morte levasse os despojos materiaes.

No cidadão, o patriotismo era de forma idealista, ambicionando alcançar, pela simpli-

ficação translucida do organismo juridico, uma justiça perfeita, em seu paiz, e confundindo, na mesma aspiração, a gloria do individuo com a da patria.

Delle podemos, com verdade, affirmar que foi uma pura intellectualidade a serviço de um idéal humano.

Certamente não era um extranho ao seu meio. Ninguem o pode ser. E, como bem observa SCHWERING, o jurista se acha em contacto mais constante com o mundo do que outro qualquer individuo. "Sua profissão o conduz ás eminencias e ás profundidades da vida, á civilização na sua plenitude." Mas da intimidade de TEIXEIRA DE FREITAS pouco se conhece. Mal se ouve o echo de uma data festejada na familia, ou se percebem traços de sua indole, incidentemente prazenteira, na predilecção pelas comedias de MARTINS PENNA, representadas por MARTINHO VASQUES. Na vida social, sabe-se que foi homem recto, de probidade modelar. Nas relações de familia, deixou uma tradição de absoluta pureza.

São notações que synthetizam uma existenca virtuosa e simples.

Filho da Bahia, terra feracissima, que tem, com uma prodigalidade enternecedora, opulentado a historia politica e literaria do Brazil, de nomes luminosos, foi, tambem, um producto desse glorioso centro de cultura juridica e aspirações liberaes, que é Pernambuco, onde recebeu o grau de bacharel em direito, aos 6 de Outubro de 1837, quando o edificio da Academia de sciencias sociaes e juridicas destacava o seu alvo perfil, no cimo da collina, por onde

se espalha, em confusão graciosa, a casaria de Olinda, entre o mar, que nos trouxe a civilização, e a matta, onde se elaboraram acontecimentos decisivos para a evolução nacional. Tambem S. Paulo, com o seu prestigio scientifico e as suas tradições, deve ter influido, consideravelmente, na formação mental de TEIXEIRA DE FREITAS, quer pela acção doutrinadora dos professores, quer pelo convivio dos collegas.

Em S. Paulo, segundo informa SPENCER VAMPRÉ, alguns lentes não reconheceram a poderosa intelligencia, que lhes recebia as prelecções. Brioso, o moço, que mais tarde havia de culminar na jurisprudencia patria, apresentou suspeição contra dois delles. Não os queria como julgadores no acto do seu quarto anno. O Governo da Regencia, porém, negou apoio á pretenção do jovem estudante, naturalmente para manter illesa a disciplina escolar. Todavia o Director da Faculdade, CARLOS CARNEIRO DE CAMPOS, mais tarde Visconde de Caravellas, na informação, que remetteu ao Governo, parece achar razoavel o gesto do examinando, de cujos talentos faz elevado conceito. "O supplicante, diz elle, segundo me consta tem sido sempre, nesta Academia, de conducta exemplar, bastante applicado, e é, actualmente, um dos melhores estudantes do quarto anno."

Não se pronunciaria desse modo o Presidente da Congregação, num conflicto entre dois collegas e um discipulo, se não estivesse convencido de que a justiça lhe mandava amparar, ainda que apenas platonicamente, um

trabalhador, a quem pretendiam, caprichosamente, negar o merito.

Foi isso em Agosto de 1835. No anno seguinte, deveria formar-se TEIXEIRA DE FREITAS. Mas a formatura somente em 1837 se realizou. No anno de 1836, não vejo mais que uma data assignalavel: a do casamento do luminar do direito com a sua prima, D. Mathilde Teixeira de Freitas Lima.

Guiou-o, depois, o destino para a Capital do paiz, onde lhe reservava uma grave missão: a de ser a energia organizadora do nosso direito privado, unindo o que andava disperso, illuminando o que se perdia na escuridade, systematizando o que era desconnexo.

Formado em momento de agitação politica da sua provincia natal, a revolução lhe designou um logar distincto na ephemera magistratura, destinada a não funccionar. Dominado o movimento subversivo, o moço jurista teve de emigrar para o Rio de Janeiro. Aqui fez-se advogado, e, já em 1843, apparece entre os socios fundadores do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, cuja presidencia occupou em 1857.

A esse tempo, já era grande a notoriedade do seu saber, e sobre os seus hombros os contemporaneos haviam collocado a clamyde severa de jurisconsulto, pois a 15 de Fevereiro de 1855, o Governo imperial com elle contractava o preparo da *Consolidação das leis civis*.

Foi esse o nosso primeiro Codigo Civil. E

José de Alencar, quando Ministro da Justiça, em 1868, propoz o alvitre de se tomar por base a compilação de Teixeira de Freitas, para, com alguns desenvolvimentos necessarios, organizar-se um projecto de Codigo Civil, adaptado ás nossas circumstancias. Tal não se fez; porém o prestigio conquistado pela *Consolidação* deu-lhe o posto de um verdadeiro Codigo. Todos a temos entre os livros de uso quotidiano, procurando nella, desde os bancos academicos, a palavra da lei e a luz da razão. Todos lhe conhecemos a solidez da engrenagem e a verdade das soluções. Por juizo unanime, foi declarada obra admiravel. Tem no estylo, a elegancia juridica dos grandes mestres, e, na urdidura, notavel riqueza de pensamento, além dessa delicada sensibilidade juridica, privilegio de almas eleitas, que percebe, á distancia, descobre no ennovelamento dos factos, advinha no ambiente, o direito, para o revelar e fixar.

Notando-lhe essas qualidades superiores, Candido Mendes, outro preclaro jurisconsulto, exprimiu a sua satisfação admirativa, appellidando-lhe o auctor de — *Cujacio brasileiro*

Este epitheto foi cuidadosamente escolhido, e tem a maior propriedade. No dizer de Girard, *Cujacio* reuniu, no mais elevado grau, "o senso juridico propriamente dicto, a sagacidade critica e o saber philologico indispensaveis á interpretação esclarecida dos monumentos do direito romano." O que elle procura não é simplesmente, entender, como exegeta, a regra contida no texto; é o pensamento da lei, como expressão da cultura do tem-

po, que se esforça por descobrir. Assim TEIXEIRA DE FREITAS, no exame das leis portuguezas e patrias, que foi chamado a colligir e systematizar.

Na *Consolidação*, cumpre destacar o material, a sua distribuição e a doutrina.

O *material* é o complexo de preceitos apurados no estudo de uma legislação, què, desde 1603, se vinha modificando, alterando, substituindo por normas diversamente interpretadas, implicitamente revogadas ou erroneamente applicadas, de Portugal, a principio, e do Brazil independente, depois, numa confusão, que, muito acertadamente, CARVALHO MOREIRA denominou "o quadro indigesto e tenebroso das nossas leis civis." Somente um estudo aprofundado e diuturno dessa legislação obscura e movediça, robustecido pela pratica, e guiado por um seguro criterio, seria capaz de realizar, proveitosamente, essa escabrosa empreza, a que bem convinha a designação de *opus desperatum*, dada por JUSTINIANO ao *Digesto*.

TEIXEIRA DE FREITAS executou-a superiormente, e mereceu, desde então, que o considerassem "o maximo dos jurisconsultos patrios."

Como se houve para executar a obra confiada á sua competencia, diz-nos elle mesmo: "Examinar as leis, em seus proprios textos, sem influencia de alheias opiniões, comparar, attentamente, as leis novas com as antigas, medir, com precisão, o alcance e as consequencias de umas e outras; eis o laborioso processo, que empregado temos, para conhecer a subs-

tancia viva da Legislação. Para achar porém, os limites do direito civil, e a norma da exposição das materias, que lhe pertencem, recorremos a estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditámos as tradições da Sciencia, e, com livre espirito, procuramos essa unidade superior que concentra verdades isoladas, penetra as mais reconditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso."

A *classificação* adoptada por TEIXEIRA DE FREITAS é uma feliz novidade, com que se enriqueceu a technica juridica. Mais tarde, o auctor a melhoraria e completaria. Mas, já então, é brilhante feito de uma intelligencia organica.

Não é mais a distribuição tripartida de GAIO: *omne jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*. Essa divisão, aliás, esteve mais na intenção do que na realidade. As collecções de textos e os livros de doutrina são-lhe pouco fieis. Nem a analyse ainda distinguira, ao tempo dos romanos, as relações de direito dos elementos, que as constituem, e das causas, que a geram.

Tambem não é, ainda, a classificação objectiva de SAVIGNY, que o jurisconsulto brazileiro jamais acceitou em seu conjuncto.

E' uma forma intermedia do pensamento, que, seguindo a visão obscura, ainda, da jurisprudencia romana, e assimilando os resultados das investigações allemãs, possue individuação, e merece que a assignalemos, com estima, na historia das idéas juridicas.

Seu ponto de partida é a distincção funda-

mental entre os bens juridicos de ordem privada: *os direitos reaes e os pessoaes.* Eis, para elle, "a chave de todas as relações civis.' "Nella repousa todo o systema do direito civil." "Affectar o objecto da propriedade, sem consideração a pessôa alguma, seguil-o, incessantemente, em poder de todo e qualquer possuidor, eis o effeito constante do *direito real,* eis seu caracter distinctivo. Este caracter é opposto ao do *direito pessoal,* que não adhere ao objecto da propriedade, não o segue, mas prende-se, exclusivamente, á pessôa obrigada —*Ejus essibus adheret ut lepra cuti.*"

A essa differença no caracter dos direitos civis, corresponde modo diverso na sua acquisição e transmissão. Os direitos reaes adquirem-se, *inter* vivos, pela tradição e pelo usucapião; os pessoaes, nas mesmas condições, resultam das declarações unilateraes ou bilateraes da vontade.

Considerados em seu momento de defeza, os direitos civis desdobram formas differentes de acções. Aos direitos reaes, competem acções do mesmo genero. Acções pessoaes são manifestações proprias dos direitos pessoaes.

Finalmente nas relações economicas, ha duas grandes ordens de credito: os reaes e os pessoaes.

A distincção nasce, portanto, da propria natureza das cousas, e fornece um seguro criterio de classificação, que o nosso jurisconsulto utilizou, com uma competencia inexcedivel.

E' certo que Ortolan, na sua gabada *Généralisation du droit,* accentuara que "todos os direitos, sem excepção, qualquer que seja o

modo da sua acquisição, exercicio e acção judiciaria, qualquer que seja o seu objecto, vem a entrar numa ou noutra das duas categorias." Mas o jurisconsulto francez não foi além de uma affirmação theorica. O brazileiro aprofundou a idéa, sondou-lhe a extensão, viu-lhe a repercussão na ordem juridica, e sobre ella ergueu a construcção logica das leis civis, additando-lhe a theoria das pessôas e a das cousas, como elementos constitutivos de todas as relações de direito. O seu systema é, portanto, original e de um rigor logico absoluto.

Nessa primeira forma do pensamento de Teixeira de Freitas, os factos juridicos ainda se lhe afiguram extranhos á parte geral do corpo do direito civil. Não são elementos dos direitos, e sim forças geratrizes, propulsoras e alterantes. A meditação das idéas de Savigny fel-o mudar de opinião, e o *Esboço* já destaca, no logar conveniente, o *facto jurigeno,* como o appellida Picard, ou *a causa do direito,* segundo quer Raoul de la Grasserie, que, aliás, enfrenta o phenomeno sob outro aspecto.

A doutrina da *Consolidação das leis civis* apparece na *Introducção,* que pela amplitude, firmeza, e brilho das idéas, como pela erudição e critica dos autores, é uma das mais fortes creações da nossa litteratura juridica. Está, egualmente, nas innumeras notas que justificam, esclarecem e explicam o texto.

Na *Introducção,* o direito civil é colhido em suas generalidades superiores, nos principios maximos, que se desprendem da estatica e da dynamica juridicas, sem, comtudo, attingir ás alturas vertiginosas da philosophia. As

notas discutem os preceitos nas suas particularidades, minucias e applicações. Aquella é uma synthese dos principios do direito civil, em que a sciencia, depurada das minudencias, differenciações e complexidades da pratica, traça as grandes linhas, e destaca os elementos geraes da phenomenologia juridica, no campo do direito civil. Estas são analyses rapidas porém, sufficientes, das normas legaes. Reunidas, formam um conjuncto, que nos desvanece, porque revela o pensamento juridico brasileiro no plano attingido pela sciencia do tempo e mantendo a independencia e o vigor, que caracterizam, as mentalidades representativas de uma sociedade e fadadas a dar impulso á evolução mental de uma epoca.

No *Esboço,* as idéas de Teixeira de Freitas se robustecem e aprimoram. A intelligencia dilata-se, progride e adquire dons de clareza, que, por vezes, se não encontram na *Consolidação*.

A classificação dos direitos civis é a mesma: direitos pessoaes e direitos reaes. Direitos pessoaes, em geral, sobre cousas proprias e sobre cousas alheias. Além não foi o codificador, e já redigira 4.908 artigos. Mas, pelo que sabemos do seu plano, ainda lhe restava tractar das disposições communs aos direitos reaes e pessoaes, que comprehendem: *a*) o concurso de credores e *b*) a prescripção, tanto a acquisitiva quanto a liberatoria.

A *Consolidação* e a *Nova apostilla,* em

que o jurisconsulto brasileiro critica o methodo seguido pelo Sr. Visconde de SEABRA, no Projecto de Codigo Civil Portuguez, defendem o criterio classificatorio que entrou para a historia do direito civil, sob os auspicios de TEIXEIRA DE FREITAS. O seu ponto de partida é verdadeiro e as deducções exactas. E' meu sentir, porém, que nessa classificação se não assignala, com a necessaria nitidez, o caracter proprio dos direitos, que se desenvolvem na familia, de modo a constituirem um grupo distincto de relações. Tambem o direito hereditario, apparecendo entre as disposições communs aos direitos reaes e pessoaes, perde a individuação e o relevo, que lhe são proprios. O concurso creditorio, que se prende, immediatamente, á theoria das obrigações, e o usucapião, que é simples modo de adquirir, deslocam-se para uma região neutra, onde não apparecem como natural desdobramento dos institutos.

A parte geral do direito civil tomou, no *Esboço*, extensão maior do que obtivera na *Consolidação*, para comprehender os factos juridicos e regras do direito internacional privado, assim como para dar á theoria das pessôas e das cousas a indispensavel firmeza.

Sente-se, no *Esboço*, mais accentuada a influencia de SAVIGNY; porém influxo benefico de um alto espirito sobre uma poderosa organização mental, solidamente apparelhada e apta a assimilar idéas novas, sem prejuizo da sua individualidade.

Os conhecimentos de TEIXEIRA DE FREITAS achavam-se, precisamente, no estádio que,

na evolução geral das idéas da jurisprudencia européa, antecedeu o advento do *System der Roemer Rechts*, que, apparecendo, na Allemanha, de 1840 a 1849, nos mesmos annos, foi traduzido para o francez, e, no decennio seguinte repercutiu, impressivamente, no Brasil. Com a leitura do *Tractado* do extraordinario romanista, operou-se no civilista brasileiro, uma expansão natural de idéas, e o estimulo, vindo embora do exterior, apenas coadjuvou o desenvolvimento, que se executava por impulso proprio.

Uma das manifestações da ascendencia de Savigny é a preferencia dada por Teixeira de Freitas á lei do domicilio da pessôa, para determinar-lhe a capacidade, nas relações de direito internacional privado. A doutrina do jurisconsulto allemão é uma dessas vastas construcções de largos alicerces, que o tempo não destróe, porque assignalam um momento de parada na marcha ascencional do espirito para a verdade. As idéas de communhão de direito como base da vida internacional, e de escolha da lei, segundo a séde da relação juridica, são visões de genio, que a sciencia enthezourou, definitivamente. Mas haverá applicações de caracter transitorio, que a intelligencia humana irá substituindo, e haverá deficiencias que o tempo, aos poucos, eliminará.

Da theoria savignyana veio a escola domiciliar, que, através de Teixeira de Freitas, irradiou para os nossos visinhos do Sul. Os

arts. 26, 28 do *Esboço* originaram os arts. 5-8 do Codigo civil argentino, e este influiu sobre as decisões do Congresso de Montevidéo (1888-1889).

Hoje o direito internacional privado, scientificamente concebido, partindo da concepção de uma sociedade internacional, tendo, por principio director, o humanismo, e, por funcção propria, harmonizar, numa formação juridica, illuminada e ampla, as tendencias ex-persistenciaes do territorialismo, que materializa as noções das nacionalidades, substitue, em geral, a lei do domicilio pela da patria, quando trata de apreciar a capacidade ou incapacidáde das pessôas, porque todo homem é parte componente de uma collectividade politica, necessita da protecção de uma soberania, e deve serviços á nação, a que está vinculado pela tradição historica, pela raça e pelo affecto.

Quando foi redigido o *Esboço,* a systematização de SAVIGNY exprimia o ultimo progresso scientifico. Ainda não havia surgido a innovação de MANCINI, que fundou a escola italiana; muito menos se poderiam vislumbrar, no horizonte, os primeiros lineamentos da phase actual do direito internacional privado.

E, como essa idéa de determinar a capacidade pelo estatuto do domicilio se incrustou em algumas legislações, e, até certo ponto, coincide, muitas vezes, com a persistencia do territorialismo, que materializa as noções de soberania e de patria, não é facil tarefa desarraigal-a.

Sequioso de perfeição, como evolucionára da *Consolidação* para o *Esboço,* quiz TEIXEIRA DE FREITAS erguer-se, do Codigo Civil, circulo já estreito para a expansão da sua mente, a um Codigo geral, abrangendo os elementos constantes da vida juridica.

Na elaboração do *Esboço,* pareceu-lhe que um vicio de logica afeiava a classificação das leis civis, e lhes perturbava a vibração social. Por um lado, incluiam-se, no direito civil, preceitos communs a outros ramos da jurisprudencia; por outro, delle se excluiam noções, que lhe deviam pertencer. Pessôas, cousas e factos juridicos são elementos de todos os direitos possiveis, em todas as espheras da vida." No emtanto, é nos Codigos civis que se lhe expõe a theoria. Os actos da vida civil, exceptuados os beneficos, podem ser commerciaes. Portanto não ha fundamento para "essa separação arbitraria das leis"; e a persistencia do direito commercial só se explica pela "inercia das legislações ao inverso do progressivo desenvolvimento das relações juridicas."

Esta questão, que, no momento, não interessou os nossos juristas, tornou-se-lhes thema favorito dos debates, depois que os livros italianos a puzeram em moda.

Note-se, porém, que o pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS é muito mais comprehensivo e elevado do que o da simples absorpção do direito commercial pelo civil. Elle queria que essa penetração involutiva fosse pre-

cedida de uma operação generalizadora, dentro da qual se movesse a codificação civil.

Ainda que no conteudo e na orientação philosophica divirjam, approximam-se das idéas de TEIXEIRA DE FREITAS, as que, recentemente, expoz, com extraordinaria largueza de vistas, o Sr. PAULO DE LACERDA, que não acceita a unificação do direito privado, sem uma remodelação da estructura actual dos codigo. Não são os materiaes existentes, que se devem agglutinar. São os proprios organismos, que se devem recompôr.

Convencido de que sómente á sciencia, e não á lei, cabe operar essas altas generalizações, que ambicionava TEIXEIRA DE FREITAS, abstenho-me de restaurar o debate, e quedo-me á espera de que os factos encontrem o seu caminho.

Na *Consolidação das leis civis,* TEIXEIRA DE FREITAS foi interprete guiado pelo senso juridico; doutrinario, nos momentos precisos; e organizador. No *Esboço,* mostrou-se constructor de uma audacia de pensamento, que impressiona os que lhe contemplam a serena ascensão aos cimos dominadores. Revelou-se critico dos mais competentes e argutos, em materia juridica, ao escrever a *Nova Apostila*. Nos *Additamentos* á Consolidação, e ao Codigo commercial, como nas adaptações, ao fôro patrio das obras de PEREIRA DE SOUZA, CORREIA TELLES, GOVEIA PINTO e outros, mostrou-se o conhecedor exacto da lei, na sua

razão e nas suas consequencias, de modo a constituir-se um guia inestimavel, cuja lição todos acatam, cuja autoridade a todos se impõe.

Podemos dizer, portanto, que foi um grande jurisconsulto. Nosso, e do seu tempo.

Seu estylo, na redacção das leis, é claro, elegante e nobre. Nos commentarios, sem perder a sobriedade, que torna a phrase incisiva, nem sempre conserva a flexibilidade correspondente ao desdobrar do raciocinio, invariavelmente seguro, e a intuição, constantemente lucida.

A technica é perfeita, e, nas suas mãos adestradas, faz-se um poderoso instrumento de precisão, para as idéas, e de resonancia, para a argumentação.

Não teve os vôos de pensamento, que a visão philosophica inspira. Compensou, todavia, pela profundidade, o que, acaso, lhe faltou em altitude; e substituiu a orientação sociologica, por uma excepcional acuidade do senso juridico.

A *Nova Apostilla* offereceu a Teixeira de Freitas opportunidade de pôr em relevo uma face do seu espirito, que nas obras capitaes, a *Consolidação* e o *Esboço,* apenas se entrevê.

Analysando o Projecto de Codigo Civil Portuguez, teve o jurisconsulto brasileiro, de discutir idéas alheias, e de comprovar as suas, que lhe pareceram mais justas, confrontadas

com as do Visconde de SEABRA. O codificador portuguez, aliás nascido entre as ferteis serranias de Minas Geraes, sentiu-se magoado, e chamou diatribe á critica de TEIXEIRA DE FREITAS, que, em verdade, uma vez por outra, se acalora e acidula, um pouco mais do que a serenidade scientifica permitte.

Mas não é, certamente, essa rude franqueza do analysta que torna o livro interessante. Tambem não precisaria, talvez, o leitor desse choque de doutrinas, para fazer justiça á solidez das concepções de TEIXEIRA DE FREITAS.

O que a *Nova Apostilla* accrescenta em dados para a caracterização da individualidade do jurisconsulto é: por um lado, a feitura literaria do livro, a vivacidade do estylo, a plasticidade da phrase, a escolha das expressões; e, por outro lado, é a circumstancia de nos proporcionar uma vista mais dilatada, sobre a educação philosophica do autor.

Nenhum trabalho de TEIXEIRA DE FREITAS nos revela melhor a sua cultura geral do que a *Nova Apostilla*. Lendo-a, sente-se, mais claramente do que em outro qualquer dos seus estimados livros, como elle se nutriu de psychologia, para prescrever normas ás manifestações da vontade, que tinha de apreciar em sua feição social; e como se fez senhor dos preceitos da logica, antes de se animar a distribuir, numa classificação nova, a materia do direito civil.

E' por este aspecto, como documentação do apparelhamento intellectual de TEIXEIRA DE FREITAS, que essas paginas animadas e tersas

são, particularmente, preciosas, a quem estuda a historia da literatura juridica em nosso paiz, ou procura conhecer, em toda a sua extensão, a forte individualidade do consolidador das leis civis patrias, do primeiro architecto, e principal inspirador dessa construcção recentemente concluida, o nosso Codigo Civil.

Sua acção estendeu-se alem das fronteiras do paiz.

Para o preparo do Codigo civil argentino, que goza do melhor conceito, entre os conhecedores, contribuiu o *Esboço,* não somente com a orientação geral das idéas, como ainda, com o plano, o methodo e numero consideravel de soluções. VELEZ SARSFIELD é o primeiro a proclamal-o, convencido de que escolhera um guia de primor. Realmente o sabio jurisconsulto condensara no *Esboço*, os ultimos progressos da civilistica, e os adaptara a um paiz de cultura semelhante á da Argentina.

Por isso mesmo, ainda hoje, é grande a estima em que TEIXEIRA DE FREITAS é tido, entre os expositores do direito civil argentino. LHEREN, SEGOVIA, OLEGARIO MACHADO, RIVAROLA, ZEBALLOS, COLMO, distinguem-no, consideram-no, revereciam-no.

No Uruguay, se a sua influencia não foi tão estensa e profunda, é certo que não foi somenos. A commissão revisora do Codigo civil dessa Republica, dizia, em seu relatorio de 1867: "O Projecto do Sr. FREITAS, ainda não

concluido, é o trabalho mais notavel de codificação, tanto por seu volume quanto pelo estudo e reflexão, que revelam."

Ao Paraguay, a auctoridade do jurisconsulto brazileiro foi levada pelo Codigo civil argentino, que ali se converteu em lei nacional.

Não é somente uma gloria brazileira que, neste momento, nos congrega, em contemplação admirativa, e da qual esperamos inspiração para resolver os arduos problemas da vida juridica. E' tambem, um vulto da historia intellectual da America do Sul; que, ao lado de Andrés Bello, cooperou, nesta parte do mundo, para o avanço da organização civil, como Bolivar actuára para a organização politica, irradiando a luz das suas idéas através do continente. E', ainda, um mestre do direito, um nobilissimo espirito, que teria, vigorosamente, impulsado a evolução do direito humano, e não, simplesmente, o de um grupo de nações novas, se tivesse falado em lingua mais vulgarizada, e de um centro de prestigio mundial.

Disse, uma vez Buisson, em discurso proferido na Sorbonne, que um homem só é verdadeiramente grande pelas idéas geraes, que exprimir. Teixeira de Freitas, medido por essa craveira, tem incontestavel grandeza, porque soube exprimir idéas, que são noções essenciaes do direito, e que os seus discipulos e continuadores incorporaram ao patrimonio da sciencia juridica.

A sua gloria, refulgirá, mais fortèmente, quando se consummarem dois acontecimentos que já se desenham no horizonte da civilização: o advento da America do Sul, e a reorganização da vida internacional sobre bases mais justas do que essas, que a guerra européa está demolindo.

Na revolução franceza, não obstante a violencia da commoção produzida, que repercutiu em todo o Occidente, foram os moldes da politica interna de um paiz, que se quebraram e se substituiram. A crise, a que estamos assistindo, representa um outro momento da evolução social. Não é, somente, a organização politica de um povo, que se subverte para se reconstruir. A sociedade, que se desmorona para se reorganizar, é a dos Estados. O direito, que se esbarronda, em ruinas, para se reerguer mais luminoso, porque a evolução historica se não interrompe, é o das gentes. A revolução franceza convulsionou as camadas sociaes. Hoje é mais vasto o phenomeno de decomposição!

Taine, apesar do poder da sua intelligencia e da sua preparação philosophica, teve uma falsa representação dos acontecimentos de 1789, porque os foi ver de muito perto, como analysta e psychologo. Não teve uma visão de conjuncto, que, esbatendo a grosseria dos factos secundarios e as miserias, que ensombram a alma humana, desvendasse a curva geral, que descrevia a civilização, e a grandeza espiritual da humanidade, brilhan-

do por entre o fumo dos incendios e a sangueira dos morticinios.

Nós estamos de longe, e em situação que nos favorece a perspectiva. Sentimos os movimentos convulsivos que extenuam o organismo social, mas percebemos, ao mesmo tempo, que, das ruinas da civilzação militar, que se anniquilla, rugindo, em furia, vae resurgir, mais formosa, mais perfeita, a organização ethico-politica do mundo .

E a America do Sul, cujo preparo moral e mental se vae ultimando, como, eloquentemente, mostrou a segunda Conferencia da paz, e os factos vão comprovando, ha de ter uma funcção importante nessa recomposição.

Ha uns versos de SCHILLER, *Die Theilung der Erde,* em que o poeta, por ser o ultimo a chegar não foi o que recebeu o menor quinhão. Ao contrario, abriram-se-lhe as portas da mansão celeste, para que elle tivesse um lugar ao lado de Jupiter. A America do Sul vem retardada, porem não para receber uma parcella da herança humana. Esta já lhe foi entregue, por adeantamento, ao emancipar-se. Cabe-lhe, agora, levar, ao acervo commum, a contribuição do seu proprio labor. O seu espirito novo, a sua isenção de preconceitos tradicionaes, as suas aspirações de liberdade, as suas tendencias humanitarias constituem riquezas moraes, que hão de ser vantajosamente utilizadas.

Diz RENAN, nesse tocante livro sobre a *Vida de Jesus*, que os persas concebem a evolução por series de mil annos, ou chiliasmos. No fim dos tempos, virá o paraizo definitivo.

"Os homens viverão felizes; a terra será como uma planicie; não haverá mais do que uma lingua, uma lei, e um governo para todos."

E' um sonho? Mas ha sonhos, què actuam como força de attração para um mundo melhor. A unidade politica e juridica dos povos é irrealizavel, e não chega a ser dezejavel. O que é possivel, e assim devemos interpretar a prophecia dos persas, é a harmonia dos interesses de todos os homens, de todas as classes, de todos os povos, sob o patrocinio da idéa de justiça, diversamente realizada nas legislações, mas identica em sua essencia, e nos sentimentos que, espontaneamente, a traduzem.

As nossas realizações do direito são sempre imperfeitas. Mas, a cada esforço de mão inspirada, um raio de luz se desprende, para a formação do sol, que ha de brilhar nos afastamentos do horizonte. E aquelles que conseguem, como TEIXEIRA DE FREITAS, despertar esse raio que dormia na pedra rude da estrada, merecem que os honremos, porque elles são crystallizações das energias sociaes, e assignalam momentos felizes da evolução mental da humanidade.

A ordenação do livro 4.º Tit. 80 § 1.º e o nosso futuro codigo civil

A Ordenação citada na epigraphe deste artigo dispõe da seguinte maneira:

> "E querendo o testador fazer testamento pela forma cerrada, o poderá fazer desta maneira. Depois... *E não sabendo assignar, será assignado pela pessôa que lh'o escrever...*"

Depois de Lobão appareceram duvidas a respeito do modo de interpretar a ultima expressão transcripta acima e que griphamos, consistindo essa duvida em saber si o analphabeto podia ou não testar pela forma cerrada.

A maioria dos autores dos tempos de Lobão e posteriores resolveu e responde sempre pela affirmativa; mas alguns, pouquissimos, é verdade, gastaram e gastam rios de tinta no sentido de provarem que a verdadeira intérpretação é a contraria, isto é, que nos termos

da mesma Ordenação o analphabeto não podia nem pode testar pela forma cerrada.

O nosso futuro codigo, a entrar em vigôr em 1.° de Janeiro de 1917, derimiu a questão de um modo absoluto, quanto ao futuro, estabelecendo em seu artigo 1641 a prohibição ao analphabeto para testar por esta forma; mas terá estabelecido direito novo ou terá se limitado a interpretar a Ordenação citada?

E' o que vamos pesquisar e procurar esclarecer no presente estudo.

Toda a argumentação até hoje expendida no sentido de interpretar a Ordenação referida do Liv. 4.°, Tit.° 80, § 1.., como prohibindo a forma cerrada dos testamentos ao analphabeto se funda ou se baseia sempre em Almeida e Souza, de Lobão, que por sua vez se fundou unicamente na opinião de Domat. Ora, Domat escreveu sobre direito completamente diverso do nosso e, portanto, não podia ser considerado autoridade no assumpto; como, porém, pensou elle interpretar a Lei 21, *de Testamentis, Cod. Liv. VI. Titulo XXIII,* não duvidamos em acceital-o como fonte de bom valor, e mostraremos que a sua opinião era errada em Direito Romano, não podendo ser invocada em Direito Brazileiro.

A citada Ord. Liv. 4. Tit. 80 § 1. diz—

> *"e não sabendo assignar, será assignado pela pessôa que lh'o escrever..."*

e a referida *Lei* 21, *de Testamentis, Cod;* estatue:

> *"...quod si litteras testator ignoret, vel subscrivere nequeat..."*

Domat, querendo justificar, como proveniente do direito romano, e portanto com fundamento historico, a disposição nova do direito francez, —prohibindo fazer testamento mystico ou cerrado aos analphabetos —traduziu a expressão *"ignorare litteras"* por *"não saber assignar"*, admittindo que se referisse a pessôas que soubessem ler mas não soubessem assignar, para dizer que já o direito romano prohibia ao analphabeto o testamento mystico.

Ora, haverá alguem medianamente conhecedor da lingua latina que traduza tal expressão por —*não saber assignar?*

Haverá quem não saiba serem expressões equivalentes:

....*"ignorare litteras" —nescire litteras"* ...
e que as não traduza, ao pé da letra por —
"não conhecer letras?

Parece que não; e seria uma traducção legitima si a PHRASE não tivesse uma traducção especial que se encontra em qualquer diccionario latino-portuguez, como o Magnum Lexicon, e é a seguinte:

"Não saber ler nem escrever"

A legitima traducção, pois, da menciona-

da Lei 21, na parte transcripta acima é a seguinte:

Quod si ..... porém si
testador ..... o testador
ignoret litteras.....não sabe ler nem escrever
vel ..... ou
nequeat ..... não pode
subscrivere ..... subscrever...

E' esta a unica traducção admissivel da dita Lei 21; e depois diga-se com Domat, com Lobão, que foi esta Lei que prohibiu aos analphabetos de testarem pela forma mystica...

Algumas pessôas tem considerado intangivel esta opinião expressada na famosa Dissertação IV, Appendice ás Notas a Mello, de Lobão que, pelo seu vezo de se oppôr e contracditar ao insigne Mello Freire, que nunca foi capaz de imitar quanto mais de igualar, acceitou como ouro de lei, em direito portuguez a opinião de Domat sobre direito francez, totalmente diverso do portuguez e hoje nosso. Mas, si ha um escriptor nebuloso, como Lobão nenhum; si ha um autor onde se veja claro somente o desejo de se oppôr a um outro, cujo saber e fama nunca poude attingir, este é Lobão que a preoccupação de impugnar quanto Mello Freire escrevesse e sustentasse, cifrando-se nisto somente o seu saber massudo, empolgava de todo.

Mas que seja, que fosse Lobão o insigne e unico sabedor do direito portuguez, o conhedor unico dos mysterios das Ordenações e deste pavoroso Livro 4.° de que nos fallam velhos

reinicolas, e leiamos a famosa Dissertação IV, em seus paragraphos 7 a 12, onde vem a sua opinião sobre o debatido assumpto.

Uma argumentação toda duvidosa, de perguntas e respostas sempre sobre o direito francez, a confissão no § 7. de que as ultimas palavras do texto latino parecem poder comprehender os testadores que não sabem ler, a confissão no § 10° que os analphabetos testavam assignando de cruz, vindo afinal a dizer que o assumpto era bem digno de um *assento que nunca foi tomado* e terminando da seguinte maneira em que se vê a dubiedade, a incerteza de sua opinião:

> ....*"Não se admittam taes testamentos a analphabetos, como seminarios de falsidades. Interprete-se a nossa lei pela sua fonte, como se tem interpretado nas mais legislações. Pelo menos* (A CONTINUAR O DOMINANTE ERRO), *sejam os magistrados attentos nas qualidades dos escriptores das cedulas que se approvam. Si elles não forem de inteiro credito, si corruptiveis, si affeiçoados aos herdeiros ou legatarios melhorados, si os testadores antes ou depois de taes testamentos fizerem, ainda perfunctoriamente, algumas declarações contrarias ao que se acha escripto, etc.,* SEJAM FACEIS EM ANNULLAR EM TODO OU EM PARTE *as taes disposições, e muito mais sendo escriptos herdeiros estranhos, pre-*

teridos os consaguineos BENEMERITOS, *attentas as razões expostas na Diss.* 2.º"

Eis os que afinal Lobão conclue: eis que, afinal elle confessa, era corrente a opinião contraria a sua, o que classificava *dominante erro;* eis que afinal elle já se contenta que os juizes sejam attentos ás qualidades dos escriptores, que sejam faceis em annullar taes testamentos *"em todo ou em parte!"*

E chama-se a isto uma interpretação decisiva da Ord. Liv. 4.º, Tit. 80 § 1.º, sem se ver que Lobão traduziu erradamente a expressão *"ignorare litteras"* da Lei 21, de Test, Cod. Liv. VI Tit. XXIII, pois tal expressão significa...

"não saber ler nem escrever", como se poderá verificar em qualquer diccionario latino, verbum *littera, ae,* porquanto a expressão *"ignorare litteras"* é absolutamente a mesma *"nescire litteras."*

Sustenta-se que não ha mudanças completas, fundamentaes no direito de um povo, guardando-se sempre uma relação ou sequencia historica, o que realmente é verdade pela maior parte das vezes.

Isto, porém, não é um principio absoluto.

Veja-se o Japão que adoptou em seu Codigo Civil um systema juridico differente; vejam-se todas as legislações que tem adoptado principios diversos dos originariamente acceitos.

Acceitavamos nós o casamento civil? O re-

gistro Torrens? A precedencia do conjuge ao collateral na successão?

Não são hoje principios juridicos acceitos e em pleno vigor na legislação brasileira?

Acceitavamos nós, na legislação actualmente em vigor a theoria da posse de accordo com os sentimentos do Ihering? Pelo contrario, não acceitavamos a theoria de Savigny?

E o nosso futuro Codigo Civil não estabeleceu quasi que integral e completamente a theoria de Ihering?

Dito isto respondamos a argumentação d'aquelles que affirmam ser o Art. 1923, do Codigo Civil Portuguez a interpretação authentica da Ordenação do Liv. 4.°, Tit. 80 § 1.°

A affirmativa é falsa. Lobão confessava dominar a opinião contraria, o que elle chamava *"dominante erro"*, porque a Ordenação referida era interpretada de modo differente do porque elle fazia; confessava portanto que dominava a opinião de que a citada Ordenação permittia ao analphabeto testar pela forma mystica, pelo que terminou a sua Dissertação IV, já citada, com aquelles bons conselhos que acima foram transcriptos; mas a jurisprudencia continuou, sem se importar com a opinião de Lobão a julgar validos os testamentos mysticos de analphabetos e, ainda mesmo depois de estar em vigor o Codigo Civil Portuguez, se julgou que eram validos os testamentos mysticos de analphabetos, feitos e approvados antes da data em que começou o Codigo a obrigar.

Assim o affirma o insigne jurisconsulto

portuguez Dias Ferreira, commentador do mesmo Codigo, em a nota que faz ao art. 1764.

Eis como se expressa o mesmo autor:

> ....*"Já vimos julgado, por um juiz de 1.ª instancia, que era valido o testamento cerrado do individuo, que não sabia ler nem escrever, aberto depois da promulgação do Codigo, mas que tinha sido feito antes..."*

Desta sentença, refere o mesmo Dias Ferreira, na mesma nota, que houve appellação e que a Relação de Lisbôa por accordam de 23 de Abril de 1873, decidiu:

> ....*"que era valido o testamento cerrado, feito antes do Codigo, por pessôa que não sabia ler nem escrever e aberto depois da promulgação do Codigo..."*

Que lei vigorava a respeito? que lei regia o assumpto, em Portugal, antes da promulgação do Codigo?

Ninguem o contestará: a Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1.°, que os tribunaes portuguezes, portanto, declaram permittir ao analphabeto o testamento cerrado.

O mencionado e citado Dias Ferreira não concorda com o modo de decidir da Relação de Lisbôa, porque o testamento de que se tratava fôra aberto depois de estar em vigor o Codigo; mas confessava que as ordenações

assim permittiam, ao analphabeto testar. A decisão da Relação de Lisbôa, se fundava:

1.° em que o art. 1765 do Codigo manda regular a capacidade do testador pelo estado em que se achava ao tempo em que o testamento foi feito; e

2.° em que o art. 1762 do mesmo Codigo manda valerem os testamentos feitos anteriormente ao Codigo, si tinham as condições legaes do tempo em que foram feitos.

Portanto reconheceu e proclamou a Relação de Lisboa que o testamento mystico do analphabeto, feito ao tempo anterior ao Codigo, em que vigorava a Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1° tinha as condições legaes necessarias á sua validade.

Assim, em Portugal, foi considerado como tendo o art. 1923 do Codigo estatuido direito novo, direito bebido nas fontes francezas; que o dito art. 1923 estabeleceu a prohibição, que até então não existia, mas que todos os testamentos mysticos de analphabetos, feitos anteriormente ao Codigo, eram validos nos termos da Ord. Liv" 4 Tit. 80 § 1.°, ainda que abertos depois de estar o codigo em vigor, pelos fundamentos e razões do accordam já citado.

São, pois, pontos estes liquidados:

1.° que em Portugal, apezar de opinião de Lobão, os testamentos cer-

rados sempre foram permittidos aos analphabetos, até que o Codigo os prohibiu de testarem por esta forma;

2.° que o art. 1923 do citado codigo não é interpretação da Ord. Liv. 4. Tit. 80 § 1., mas direito novo, *doutrina nova,* no dizer de Dias Ferreira;

3.° que os testamentos de analphabetos, mesmo abertos depois do Codigo, foram declarados e tidos como validos, si feitos e approvados ao tempo da Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1.°

Argumenta-se ainda com o testamento do cego e si o faz com fundamento no direito romano.

Ora em direito romano o cego sempre poude testar por qualquer fórma até a promulgação da Constituição 8.ª do Tit. 22 do Liv. VI do Codigo, pelo imperador Justino, pois segundo se lê em *Paulus,* Sent. Liv. 3.° Tit. 4 A § 4.°

> "*Cœcus testamentum potest facere, quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes.*"

O Imperador Justino na dita Constituição cercou de mais formalidades o testamento do cego, permittindo-lhe somente a forma nuncupativa; quanto aos analphabetos, porém, a

citada Constituição ou outra qualquer nada prohibe.

Portanto, continuaram os analphabetos com a facção testamentaria, ou capacidade testamentaria activa, que nunca lhes foi cerceada em direito romano, direito que passou a fazer parte da legislação Justinianea e desta passou, para o direito moderno até que o Codigo Civil Francez, em seu art. 978, aliás reproduzindo uma ordenança anterior, prohibiu aos analphabetos de testarem pela forma mystica, prohibição que vem sendo acceita pelas legislações posteriores.

Domat foi um enthusiasta desta prohibição e quiz mesmo justifical-a com o direito romano, aliás expresso em sentido contrario; mas nenhum outro autor existe que, embora apoiando e justificando semelhante disposição, não reconheça que foi uma innovação do direito francez, uma prohibição até então não existente.

Mas em França mesmo são estas, uma prohibição e opinião, muito criticadas, e, entre outros, pelo sabio e magnifico ERNEST ROGUIN, em seu *Droit Civil Comparé—Les Successions, vol.* 3. *pag.* 345 onde elle escreve:

> *"Nous sommes incapable de saisir pourquoi une legislation admettant l'acte olographe, ne férait pas de même pour le testament mystique. En le régétant, la legislation prive la personne incapable d'écrire du droit de pendre des* DISPOSITIONS CONNUES DELLE SEULE OU DU MOINS

DELLE ET D'UN AUTRE INDIVIDU AYANT SA CONFIANCE."

E eguaes observações, diz o mesmo Roguin, faz o autor do *"Deuxième Project de Code Belge."*

O nosso Teixeira de Freitas, consolidando o direito brasileiro, ennumerou no art. 993 quaes as pessoas incapazes de testar por qualquer forma, entre ellas não incluindo o analphabeto, e nos arts. 1055 a 1059 em que trata do testamento cerrado tambem nenhuma incapacidade estabelece para o analphabeto.

Ora o assumpto tem como regra a capacidade, sendo a incapacidade a excepção, e portanto taxativa; logo capazes de testar mysticamente são tanto os cegos como os analphabetos.

O Sr. Dr. Joaquim Gonçalves de Lima que foi Juiz dos Feitos da Fazenda em Pernambuco, ao tempo do Imperio, assim se expressou no parecer que consta de sua obra—Miscellaneas juridicas, § 151 pag. 139:

> *"quanto á primeira, sou de parecer que, á vista da legislação vigente, não é prohibido ao analphabeto fazer testamento cerrado, nem o seu testamento é nullo por esta causa. . . . . .O nosso legislador na Ord. Liv. 4 Tit. 81, individuando as pessôas que não podem testar, não falou do anal-*

phabeto, antes na Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1. tratando especialmente do testamento cerrado, permitte ao analphabeto dispor de seus bens por esta especie do testamento, como se vê das palavras: e não..."

..Todo esforço que em sentido contrario fez Almeida e Souza, na 4 dissertação juridica, que serve de supplemento ás notas ao livro 3. de Mello, não é sufficiente para trazer á convicção a quem tiver algum conhecimento da legislação patria.

*Embora me pareçam judiciosas suas razões, e sejam auxiliadas pela legislação de alguns paizes, e opinião de alguns jurisconsultos, não posso convir em que a sua doutrina deve ser considerada como —*JUS CONSTITUTUM *—entre nós. Lamento com este jurisconsulto que o nosso legislador não tenha providenciado... mas enquanto isso não acontecer, não se pode sustentar que o analphabeto não pode fazer testamento, nem irrogar nullidade ao seu testamento. O anno p. passado foi apresentado á Assembléa Geral um projecto de lei, em que se pedia a revogação do paragrapho 1. desta Ord. na parte em que permitte o testamento cerrado ás pessôas, que não sabem ler nem escrever. Isso prova que a intelligencia que no paiz se dá a lei, não é a que lhe*

deram os dous signatarios da proposta."

O velho Loureiro (Lourenço Trigo) em seu Direito Civil, vol. I, § 296, nota 134, referiu-se tambem a Const. 8.ª do Codigo, *de Testamentis,* salientando que prohibio aos cegos testarem, salvo pela forma nuncupativa ou publica, e dizendo que foi esta uma boa cautella, mas incompleta, no seu modo de pensar, "*porquanto* DEVIA ESTENDER-SE aos que não *souberem ou não poderem ler, como dispoz o Cod. Civ. Fr. art.* 978..."

DEVIA ESTENDER-SE, diz elle; LOGO SE NÃO ESTENDEU, pelo que os artigos 26 e 113 do Codigo do Processo, p. 1.ª não prohibiram tambem aos analphabetos de testarem pela forma mystica.

O Dec. n. 2878 de 23 de Junho de 1879 declara positivamente que nem a Ord. Liv. 4.º tit. 80, nem qualquer outra lei, prohibe aos cegos de fazer testamento cerrado, sem absolutamente distinguir entre o cego que sabe escrever e o que o não sabe, ao *cego que é incapaz de ver a cedula testamentaria* que se vae approvar, *incapaz de ver* si ella é ou não a mesma que escreveu ou fez escrever; como pois, querer com fundamento em prohibição ao cego de fazer testamento cerrado, prohibição que não existe, sustentar que o analphabeto, sendo comparavel ao cego, o não pode?

O Sr. Dr. Clovis Bevilaqua, em seu *Direito das Successões,* § 56 pag. 195 e seg. trata da capacidade testamentaria activa, e a pag. 196, in princ., escreve textualmente:

> *"São capazes de testar todas aquellas pessoas a que a lei não retira essa faculdade.*
>
> *E, sendo as incapacidades excepções, não comportam interpretações ampliativas, senão sob a medida da mais prudente circumspecção."*

Eis ahi a opinião, do Sr. Dr. Clovis Bevilaqua que ainda, a pag. 206 salienta poder o cego fazer testamento por qualquer forma, inclusive a cerrada, chamando a attenção para a "LINGUAGEM MUITO FRANCA" do Dec. n. 2898, que tem a assignatura de um mestre, de um jurisconsulto, como o Sr. Cons. Lafayette.

E ha quem diga que nas entrelinhas desse Decreto se deve ler a prohibição ao analphabeto de testar mysticamente, quando o sr. dr. Clovis acha-o de linguagem muito franca, *dissipando todas as duvidas!"*

Tambem o Sr. Cons. Teixeira de Freitas, que não foi ahi qualquer, escrevendo sobre o assumpto, é de uma clareza que se impõe, quando, em sua Nota 14 ao § 9.° do Tratado dos Testamentos e Successões, do G. Pinto, affirma que o Decreto n. 2878 de 23 de Julho de 1879, apezar de se referir sómente ao testamento cerrado, resolve todas as duvidas e pode o cego fazer testamento por qualquer forma, escrevendo-os por si ou *por outrem a seu rogo*.

A Ordenação referida, do Livro 4. Tit. 80 § 1.° foi sempre comprehendida, entre nós,

como permittindo aos analphabetos, testarem pela forma mystica, assim tendo sido praticado em todos os tempos.

O nosso direito portanto foi sempre pela permissão aos analphabetos de testarem pela forma mystica ou cerrada; e a vez unica em que tal se contestou em juizo, segundo todos os julgados colleccionados nas diversas Revistas de jurisprudencia, como se pode vêr em Rev. de Direito, de B. Faria, vol. V, pag. 368, no accordam unanime da Primeira Côrte de appellação, do Rio, confirmando a bellissima sentença que se encontra na mesma Revista e volume V a pag. 362, proferida pelo Sr. Dr. Enéas Galvão, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, a decisão foi pela validade do testamento.

De todos os projectos de Codigo Civil Brasileiro, sómente o do Sr. Dr. Coelho Rodrigues incluiu em seu texto a disposição prohibitiva do texto francez, codigo civil art. 978.

O Projecto do Sr. Dr. Felicio dos Santos trata nos arts. 1619 a 1631 do testamento cerrado; não prohibe ao analphabeto forma alguma e, o autor, em seus commetarios,, affirma que reproduziu o direito constante da Ord. Liv. 4. Tit. 80.

O projecto do Sr. Dr. Clovis Bevilaqua, em sua forma primitiva, delle proprio, tambem nada prohibe, como se pode ver dos arts. 1798 e 1800 e 1808 a 1811, em que se refere ao testamento cerrado e a capacidade do testador. Esse texto primitivo do Codigo foi revisto por uma commissão de jurisconsultos,

nomeada e presidida pelo Dr. Epitacio Pessôa, sendo então o segundo texto, redigido pelo professor Ernesto Carneiro, remettido ao Congresso; foi nesse segundo texto que appareceu a pohibição referida, no n. 5 do art. 1963.

Na Camara, pela Commissão dos 21, passou ella a formar um artigo especial, o 1679, que teve no Senado sua redacção modificada pelo sr. Cons. Ruy Barbosa e é hoje o art. 1641 do nosso Codigo Civil, a entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1917.

Feito assim o historico da disposição, leiamos a a discussão que a respeito houve no seio da commissão dos 21, para trabalhar com a qual foram convidados os maiores juristas brazileiros, entre elles, representantes maximos das correntes scientificas, os Srs. Cons. Dr. Andrade Figueira e Dr. Clovis Bevilacqua; a pag. 281-282 do vol. 6. dos Trabalhos da Camara, se encontra que o Sr. Dr. Andrade Figueira, depois de salientar quanto era *"cruel"* a disposição do artigo, quanto era perigosa a *innovação* de destinguir entre *"não saber ler"* e *"não saber assignar"*, assim termina:

> *"Daria a todos o direito que elles têm pelas leis actuaes..."*

E o Sr. Dr. Andrade Figueira não teve de toda aquella assembléa, illustre pelo saber, uma só contradicta de que a capacidade testamentaria activa do analphabeto era e é de facto reconhecida *"pelas leis actuaes"*, em toda sua plenitude, não lhe sendo defesa forma alguma de testar.

Pelo contrario, ao ser redigido o parecer para a votação, o Sr. Relator Dr. Alfredo Pinto Vieira de Mello, nelle incluindo as reflexões do Sr. Cons. Andrade Figueira acima explanadas, escreveu a pag. 493 do mesmo vol. VI dos Trabalhos da Camara —*"o Sr. Dr. Andrade Figueira apresentou as seguintes reflexões,* QUE TEM TODA PROCEDENCIA.

E as transcreveu.

E' claro, pois, que a disposição do art. 1641 do nosso Codigo a entrar em vigor em 1. de Janeiro de 1917, é uma innovação que não existia nem existe no nosso direito, *actualmente* em vigor.

Mas como poderá testar o analphabeto quando o codigo estiver em vigor?

O art. 1641 lhe prohibe a forma cerrada: o art. 1635 exigindo que o testador possa *verificar pela leitura"* as disposições que dictou para que possa testar publicamente, lhe prohibe o publico; o art. 1645 n. I lhe prohibe o particular, sendo estas as unicas formas ordinarias de testamento que o futuro codigo reconhece.

Das formas especiaes reconhece somente o maritimo e o militar, com tantas limitações que não é possivel ao analphabeto uzar dellas, nem mesmo sendo maritimo ou militar, dado que todos os analphabetos fossem maritimos ou militares; o nuncupativo?

Mas o codigo o reconhece somente na hypothese do art. 1663, de modo que necessario será ao analphabeto ser militar e ser ferido em combate, não convalescendo dos ferimentos, para que possa testar!

Digamos, pois, como o Sr. Cons. Andrade Figueira;

> ..*"E demais! nega-se ao analphabeto todas as formas de testar, mystica, publica, particular e nuncupativa!"*

E' assim o nosso futuro Codigo! Um codigo com prohibições destas, em um paiz de analphabetos!

E' assim a nossa *futura lei*. Mas a actual não; a constante deste Liv. 4 das Ordenações d'El Rey D. Phelippe; a actual promulgada por um rei absoluto, ha tresentos annos, para povos ignorantes de seus direitos, atrazados em qualquer sentido, acostumados ás mais ferrenhas, ás mais rigorosas, ás mais tristes limitações de seus direitos era e é a lei justa, a lei liberal, a lei adiantada para um paiz de analphabetos, em comparação com o novissimo codigo ainda não em vigor.

A actual lei estará em vigor até 31 de Dezembro de 1916; até lá a capacidade testamentaria activa será por ella regida e os testamentos até então feitos serão em tudo validos, em tudo por ella regidos, valerão plenamente nos termos do art. 1628 do futuro codigo, porque a incapacidade superveniente não invalida o testamento efficaz, isto é, feito em forma legal e por quem tinha capacidade para fazel-o ao tempo em que foi feito.

Recife, Abril, 1916.

Dr. Joaquim I. de A. Amazonas.

Testemunhas dos testamentos cerrados

Consulta e Pareceres

Pode o escriptor do testamento cerrado, que o escreveu e assignou a rogo do testador por não saber este ler nem escrever, ser uma das cinco testemunhas de numero do auto de approvação, assignando-o tambem a rogo do testador?

Respondo affirmativamente ao quesito proposto. Não havendo lei prohibitiva a respeito da hypothese, manda a logica juridica que prevaleça o acto contra o qual nenhuma disposição legal pode ser invocada. A lei reguladora das formalidades extrinsecas do testamento cerrado apenas exige que o acto de approvação do mesmo seja assignado pelo testador e cinco testemunhas e que, não sabendo ou não podendo o testador assignar, assigne por elle uma das testemunhas, declarando que

o faz a seu rogo e por não saber ou não poder elle assignar.

Por outro lado permitte a lei que o testamento cerrado possa ser escripto por terceira pessôa e assignado pela mesma a rogo do testador por não saber este assignar. E uma vez que entre as pessôas que não podem ser testemunhas nos testamentos cerrados não incluiu a lei o escriptor do mesmo, é obvio que o permittiu, sendo portanto valida a sua assignatura, como testemunha e a rogo do testador. Não me parece mesmo que esse caso possa dar logar a duvida seria.

E' como penso, salvo melhor juizo.

Recife, 10 de Dezembro de 1914.

Dr. Adolpho Cirne.

Não conheço lei alguma que prohiba ao escriptor do testamento cerrado, que assignou o mesmo testamento a rogo testador, que não sabia ou não podia escrever, ser testemunha no respectivo instrumento de approvação, assignando-o tambem a rogo do testador.

Por outro lado não vejo repugnancia entre as duas funcções de escriptor do testamento e de testemunha na approvação; ao contrario ellas se accommodam com os principios de direito, que permittem que o Tabellião escreva e assigne o testamento a rogo do testador e o approve, conforme o Assento n. 401 de 23 de Julho de 1811 que declarou não terem nullidade quaesquer testamentos escrip-

tos pelo Tabellião e depois approvados pelo mesmo.

A doutrina do Assento citado se acha reproduzida na Cons. das Leis Civis de Teixeira de Freitas, Nota 24 ao Art. 1059, e na Consol. das leis relativas ao Juizo da Provedoria por Ferreira Alves, § 72 n. 10.

E' o que penso.

Recife, 11 de Dezembro de 1914.

DR. AUGUSTO VAZ.

Respondo a consulta pela affirmativa. Nem preciso de longa dissertação ou de muitos argumentos para sustentar a resposta.

Basta considerar em que nenhuma lei o prohibe directa ou indirectamente para chégar-se natural e juridicamente á conclusão de que qualquer pessôa, tendo escripto e assignado um testamento a rogo do testador por não saber este ler nem escrever, pode, a rogo delle e pelo mesmo motivo assignar o instrumento de approvação, como uma das cinco testemunhas exigidas para este acto, declarando ao pé de sua assignatura que o faz a rogo do testador por não saber elle ler nem escrever do mesmo modo que "nada obsta que o tabellião tenha escripto o testamento e o approve depois como pessôa publica", conforme a Assento de 23 de Julho de 1811, segundo se vê de Gouveia Pinto, Trat. dos Testamentos e

Successões, ed. T. de Freitas, § 72 e seguintes, e notas.

Recife, 22 de Dezembro de 1914.

Dr. Hersilio de Souza.

Respondo affirmativamente, Quem escreveu e assignou o testamento a rogo do testador, por este não saber ler, nem escrever, pode figurar depois como testemunha da approvação do mesmo testamento.

Não descubro incompatibilidade entre as duas funcções, exercidas em actos inteiramente distinctos, que podem occorrer em tempos e logares differentes.

A intervenção no primeiro acto não exclue qualquer outra no segundo, e a prova está em que o testamento pode ser escripto em caracter particular pelo proprio tabellião que officialmente o tem de approvar.

Recife, 3 de Janeiro de 1915.

Dr. Gondim Filho.

***

Para responder á consulta feita, basta responder a esta outra questão:

"Quem pode ser testemunha, em materia de testamentos?"

Teixeira de Freitas, o sempre sabio e summo jurista patrio, no Tratado de Testamentos e Successões, de G. Pinto, affirmou:

§ 46. Podem ser testemunhas nos testamentos todas as pessoas naturaes, contanto que não sejam prohibidas no subsequente § 47;...

E no dito subsequente

—§47. Não podem ser testemunhas nos testamentos, pena de nullidade:

1.°—as mulheres, a não ser nos testamentos numcupativo e militar;
2.°—os impuberes;
3.°—os loucos;
4.°—os prodigos;
5.°—os mudos e surdos;
6.°—os cegos;
7.°—o herdeiro instituido e os filhos sob seu patrio poder;
8.°—o pae, sob cujo poder estejam os herdeiros, instituidos estando todos sob o poder de seu pae;
9.°—os irmãos do herdeiro instituido estando todos sob o poder do pae;
10.°—o escravo, a não ser reputado livre.

Tambem o conhecido *Coelho da Rocha*, nas Instituições de Direito Civil, § 686, diz que podem ser testemunhas nos testamentos quaesquer pessoas não excluidas por lei. Depois diz textualmente:

São impedidos por defeito natural: 1.° os impuberes; 2.° os dementes, furiosos e interdictos; 3.° os surdos ou mudos; 4. os cegos; Por prohibição de lei: 5.° as mulheres, excepto nos testamentos numcupativo e militar e nos codicillos; 6.° os herdeiros instituidos bem como o pai, filhos ou irmãos destes.

Clovis Bevilacqua e todos os autores brazileiros ou portuguezes, (que nos regemos ainda pelas Ordenações), todos, sem excepção de um só, são unanimes, acompanhando T. de Freitas e Coelho da Rocha. Uns enumerando mais explicadamente outros menos explicadamente, todos dizem prohibidos de ser testemunhas nos testamentos as mesmas pessôas enumeradas por T. de Freitas e Coelho da Rocha. Não ha um só, um unico que diga prohibido de ser testemunha o escriptor do testamento.

Mas pelo contrario, o sabio commentador do Codigo Philippino, o egregio *Candido Mendes,* referindo-se ao testamento particular, quando commenta a Ord. Livro 4. Tit., 80, § 3. affirma positivamente que o escriptor do testamento pode ser uma das suas testemunhas.

Eis ahi: nenhum autor, nenhuma lei contraria que o escriptor de um testamento possa ser uma das testemunhas do auto de approvação dos cerrados. Isto, *de jure constituto;* e *de jure constituendo?*

Veja-se o art. 2459 do Projecto do Codigo Civil, do Snr. Conselheiro Coelho Rodri-

gues e se verificará que apenas prohibe serem testemunhas nos testamentos aos praticantes e empregados do tabellião que o fizer ou receber, ou pessôa particularmente dependente do mesmo por qualquer causa.

Veja-se o projecto anterior do Snr. Dr. Joaquim Felicio dos Santos, art. 1654 e se verificará tambem que ahi não figura prohibição ao escriptor de ser testemunha nos testamentos.

Veja-se finalmente o Projecto Clovis Bevilacqua, já approvado pela Camara e Senado, de onde voltou com emendas para aquella casa do Congresso Nacional, onde elle estatue:

Art. 1657 —Não podem ser testemunhas em testamentos:

> I os menores de 14 annos; II os loucos de todo genero; III os surdos mudos e os cegos; IV o herdeiro instituido, seu conjuge e os filhos sob o patrio poder do instituido; V o pai ou mãe sob cujo poder estiver o instituido: VI os irmãos do herdeiro instituido, si todos estiverem sob o patrio poder; VII os legatarios, salvo quanto ao auto de approvação do testamento cerrado.

No Senado as emendas approvadas foram quatro: tres supprimindo os numeros V e VI e o final do numero VII e uma outra augmentando a edade marcada no numero I para 16 annos.

Eis ahi; nem os autores, nem as leis, nem os projectos de leis prohibem ao escriptor de um testamento ser testemunha do mesmo ou do auto de sua approvação.

Haverá uma lei que impeça, prohiba figurar como testemunha do auto de approvação quem quer que conheça as disposições do testador?

Nenhuma, absolutamente nenhuma, responderão todos, por mais mediocremente conhecedores do direito que sejam. Pelo contrario: não póde o tabellião escrever o testamento cerrado como pessôa particular e depois approval-o como pessôa publica, como tabellião?

Parece-nos que não é necessario lembrar ter o Assento n. 401 de 23 de Julho de 1811 resolvido pela affirmativa, isto é, que os testamentos cerrados escriptos e approvados pelo mesmo tabellião, são validos, perfeitamente validos.

Aliás, muito mais grave é o acto do tabellião, do que o da simples testemunha, além de que desde o direito romano se sabe que *homo plures personas sustinere potest*. Quér isto dizer que uma só pessoa pode representar mais de um papel. Assim o consul que possuia escravos podia figurar no acto de libertação dos mesmos, como *pessoa particular,* o senhor que concedia a liberdade, e como *pessoa publica,* o consul que presidia o acto para que fosse legal; assim o tabellião, como *pessoa particular,* póde escrever, ser o escriptor de um testamento cerrado, e como *pessoa publica* ser o tabellião que depois o approve; assim póde

uma pessoa qualquer ser o *escriptor* de um testamento cerrado e depois *testemunha* do acto de sua appovação; assim póde uma pessoa ser o *escriptor* de um testamento particular aberto e depois ser testemunha do mesmo testamento, porque em qualquer desses casos a pessoa figura em caracter diverso em cada acto.

Em nenhuma parte as Ordenações prohibem ao escriptor do testamento de ser testemunha do mesmo, portanto de, no cerrado, ser testemunha do acto de sua approvação. E é bem sabido, conhecido e reconhecido serem actos completamente distinctos —a factura de um testamento —e— o acto de sua approvação—, podendo entre elles medeiar dias, semanas, mezes, annos, de maneira que não é possivel comprehender-se ter figurado em caracter unico o escriptor de um testamento cerrado que depois serviu de testemunha no acto de sua approvação. Não, o escriptor que depois serviu de testemunha, *duas personas sustinuit,* segundo o velho principio de direito romano. Portanto,

> *"póde o escriptor de um testamento cerrado ser testemunha do auto de sua approvação.'*

Recife, Outubro, 1915.

Dr. Joaquim I. de A. Amazonas.

Não ha impedimento algum, geral nem especial, para o escriptor do testamento cerrado subscrever o auto de approvação do mesmo testamento, como testemunha, assignando-o tambem a rogo do testador.

Da falta de prohibição legal, conclue-se a permissão.

Ao tabellião, que approva o testamento, a lei permitte que o escreva a rogo do testador: porque havia de prohibir á testemunha do mesmo auto lavrado pelo tabellião?

No testamento cerrado, ha dois actos successivos: a carta testamentaria, que é secreta, e o instrumento de approvação, que é publico. As testemunhas apparecem no segundo acto, e, de ordinario, ignoram o conteudo do primeiro, mas, por conhecerem ellas ou algumas dellas as disposições testamentarias, não perde o testamento o seu valor nem seu caracter.

As testemunhas o que attestam é a solemnidade da approvação, desde o momento, em que a carta testamentaria é apresentada ao tabellião até á sua conclusão pelas respectivas assignaturas. São alheias ás disposições do testamento: por isto, no caso de impedimento do testador é licito que o escriptor do testamento, que o escreveu e assignou a rogo do testador, funccione como testemunha do auto de approvação e ahi tambem assigne em nome do testador, declarando porque o faz.

Rio de Janeiro, 18 de Janeiro de 1915.

Dr. Clovis Bevilacqua.

Uma lição de theoria do processo

Acção e excepção; definição e accepções. Acção em sentido objectivo, como consectario do direito. Distincção primordial entre acções de declaração e de condemnação.

I

Conhecidas as leis do processo, indicadas as regras e preceitos para fazer valer as pretenções juridicas, resta fazer referencia á *faculdade* de usar dessas regras e ao *modo* do seu emprego.

E' o que se chama *acção*.

Esta palavra vem de *agere, agir, pôr-se em movimento;* e significa exactamente o facto de promover perante o poder social a realisação do direito que se pretende.

Mas para isto a acção presuppõe o concurso de duas partes adversas, uma que pensa poder invocar o direito em seu favor, e outra de quem se exige a realisação desse direito. — (1).

E' de um lado o sujeito activo do direito,

---

(1) Não é ainda tempo de fallar de uma terceira pessoa que conhece da acção; o Juiz.

o seu titular, o credor, o *autor;* do outro lado é o sujeito passivo do direito, o onerado da obrigação, o devedor, *o reu*.

A este pode competir tambem um direito que venha excluir as pretenções do autor; e o reconhecimento e a realisação do seu direito é tão sagrado quanto o do seu adversario.

Considerada portanto em seu aspecto mais geral, a acção comprehende não só o direito e os meios de que dispõe o *autor*; mas ainda os que competem ao reu.

De facto o reu em sua defeza pode allegar tudo quanto exclua a acção proposta, e muito principalmente direitos seus que devem tambem ser respeitados e satisfeitos pelo autor.

Assim, portanto, nessa accepção mais vasta e mais geral, a acção comprehende a allegação do direito de forma propositiva, que é a acção propriamente dita, em sentido restricto; e a allegação de forma *defensiva,* que toma o nome especial de *excepção*. (2)

Essa palavra *"excepção"* tambem significa de um modo geral a defeza do reu, mas aqui se entende unicamente como excepção a affirmativa de um direito contrario, isto é, em que o reu allega direito seu, excluindo o do autor (3).

---

(2) Assim dizia Ulpiano Dig. 44 —1—fr 1.° *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est."*

Essa forma da acção propriamente dita, que aqui chamo *propositiva*, podia-se tambem chamar *invocativa,* ou *provocativa,* mas este ultimo qualificativo poderia trazer confusão com as acções provocatorias a que tenho de me referir em outra lição.

(3) Em outro logar temos de fallar das diversas especies de excepção e suas differentes accepções.

A excepção neste sentido não é simplesmente um meio de defeza, mas é antes de tudo um meio de fazer valer uma pretenção juridica, da mesma forma que a acção propriamente dita.

Essa distincção torna-se importante quando se considera que ha direitos cujo reconhecimento e efficacia não se pode exigir por meio de acção propriamente dita; ao passo que podem sel-o por meio de excepção, como adiante havemos de ver.

II

A palavra acção, nesse sentido mais amplo, não é usada senão quando se estabelecem os seus principios mais geraes; sendo mais empregada em sentido restricto, como opposto de excepção. (4).

Em todo caso é ainda com vantagem acceita a celebre definição de Celsus, que nos deixaram as fontes do Direito Romano:

Acção é o direito de promover em juizo aquillo que nos é devido: *"jus persequendi in judicio quod sibi debetur."* (5)

Vê-se por ella que a acção é sobretudo um direito, *jus*; que deve ser dirigida a um poder publico incumbido de administrar a justiça, —*in judicio;* e que tem por fim reconhecer e

(4) E' a esta accepção que se refere Paulus, Dig. 50-16—fr. 8 § 1.º: *"Actionis verbo non continetur exceptio.*

(5) Inst. IV—6— pr.: *Actio autem nihil aliud est quam jus sequendi judicio quod sibi debetur.* Dig. 44—7—fr. 51: (Celsus) *"Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi."*

conferir um outro direito: *"quod sibi debetur."*

Essa definição, justamente celebre, tem a vantagem de exprimir com fidelidade o que é actualmente, e o que tem sido a acção em todo o percurso da evolução do processo.

Pode bem exprimir o solemne ritual de qualquer das cinco *acções* da lei, isto é, as formas processuaes primitivas das *legis actiones* do Direito Romano. Depois ainda significa a formula redigida pelo pretor, quando *tinha* de nomear ou approvar o juiz ou arbitro, "—*judicium dare.*" E por ultimo significa o processo realisado somente perante o magistrado.

A expressão —*in judicio,* que a principio apenas designava a competencia do julgador nomeado, passou a significar, como ainda hoje, a funcção de qualquer magistrado a quem incumbe conhecer do litigio. .

Finalmente —o *"quod sibi debetur"* — exprime em geral o direito que se allega, e cujo cumprimento se deseja.

Tem havido quem considere incompleta a definição, sob o pretexto de que a expressão *"quod sibi debetur"* só se pode referir ás *dividas* ou ás obrigações pessoaes, e não comprehende o dominio e outros direitos reaes.

Propõem accrescentar a expressão: *quod nostrum est;* para significar as relações resultantes desses direitos. (6).

---

(6) Veja-se em João Monteiro Theor. do Proc. Civ. e Com. § 15 nota (1) a referencia e refutação a todos os autores que fazem essa censura, desde Daniel até Mattirolo.

Vide tambem Paula Baptista Compendio de Theor. do Proc. § 3.°; Levindo Lopes Licções Ponto 2.°

Mas é innegavel que a expressão da definição de Celsus pode muito bem comprehender actualmente, de um modo geral, todo e qualquer direito susceptivel de ser reconhecido em juizo. Seria portanto deturpar sem vantagem a sua concisão maravilhosa o accrescimo que se pretendeu fazer-lhe.

Tambem tem se negado que a acção seja realmente um *direito,* quando o seu fim já é affirmar direito preexistente. E neste sentido Heineccius substitue a classica definição de Celsus, dizendo que a acção é *um meio* de promover os *direitos* em juizo. *Actio est medium persequendi in judicio jura qua cuique competunt.* (7)

O certo é que a acção é antes de tudo um *direito,* e nem por isso deixa de ser tambem um *meio.*

E' um direito, emquanto de nós depende o seu exercicio, é um meio quando realmente, procuramos exercel-o. E' o que diz Mello Freire com a visão clara das cousas: (8)

Actiones nos hic adcipimus non tamquam jura, quæ nobis competunt, sed tamquam medium jus nostrum in judicio prosequendi.

---

(7) Veja-se ainda João Monteiro, Obra citada § 13 nota (1) e § 14 nota (1) aonde se faz referencia e refutação ás diversas opiniões a respeito, quando trata do fundamento *juridico da acção* e da *determinação analytica da* ideia de acção: *Heineccius* em sua *Recitationes* § 926 é quem mais expressamente faz as duas referidas censuras á definição de Celsus. Diz o seguinte: "*quæ definitio in duobus nævis laborat; nam* 1.°) *actio in hoc titulo non est jus, sed medium jus obtinendi,* 2.°) *actione non solum petimus quod nobis debetur sed et quod nostrum est.*

(8) Mello Freire. Inst. Jur. Civil Lusit. 4—6 § 1.°

Essas duas accepções se empregam, conforme se considera especialmente a acção quanto ao seu *sujeito,* ou ao seu *objecto,* e equivalem portanto, a dous sentidos em que ella pode ser tomada: *subjectivo, e objectivo.*

III

No sentido *subjectivo* a acção é um direito de que pode usar quem tem uma pretenção juridica, e no sentido *objectivo* é um *meio,* que a lei fornece para a declaração e realisação do direito pretendido.

Alem destas, a palavra acção tem ainda uma terceira accepção, toda *formal* e que é relativa ao seu *modo* de ser.

Nesse ultimo sentido a acção vem a ser synonima de *processo* ou forma processual, e neste caso o seu numero é naturalmente limitado, porque corresponde ás formas de processo admittidas. (9)

Temos de nos cingir por emquanto á acção tomada no seu sentido subjectivo, isto é, considerada em relação ao seu sujeito, ou á pessoa que della pode usar.

Geralmente se tem a acção como uma con-

(9) Essas formas processuaes determinadas constituem: por um lado a acção *ordinaria,* a *summaria,* a *executiva, a decendiaria,* a *comminatoria,* que se applicam a quaesquer relações de direito, dadas certas e determinadas condições de prova, e por outro lado as de deposito, de seguros, de partilha, de divisão, de demarcação e outras especiaes para as relações juridicas de que tomam o nome.

sequencia, ou como consectario de um direito preexistente.

Já das lições que precederam se vio que historicamente este principio não é verdadeiro.

Quando nas aggremiações primitivas houve necessidade de tornar obrigatorias certas normas de conducta, o meio de conseguil-o foi exactamente forçando ou obrigando á pratica e exercicio dessas normas.

E é precisamente nessa pratica ou nesse exercicio que consiste a acção; com a sua repetição se determinava a norma juridica. O direito nasceu por tanto da acção. (10)

Ainda, em um periodo avançado da civilisação romana, eram os pretores que, conferindo a *acção* ás partes que o invocavam, iam reformando e constituindo o direito.

Depois, com a separação dos poderes legislativo e judiciario, a acção veio a ser um consectario do direito.

E' este modernamente o conceito que della se tem, e o nosso legislador veio proclamal-o solemnemente no Art. 75 do Codigo Civil com as seguintes palavras: *"A todo o direito corresponde uma acção que o assegura."*

Este principio, porem não deve ser entendido de um modo absoluto.

---

(10) Sobre este ponto veja-se especialmente *Cogliolo*: *Saggi Sopra l'Evoluzione del Diritto Privato, passim e Capo XIII* pg. 101 ed. de 1881; *Idem, Filosofia del Diritto Privato* § 3.° ed. 1891 pag. 28: "*nel* diritto romano .... ivi prima nasce *l'actio*. e poi dall'*actio* nasce l'jus."

IV

Antes de tudo, é preciso verificar a relação que existe entre o direito de acção, propriamente dito, e o direito que ella pretende declarar e garantir.

Neste ponto tem se suscitado duvidas para saber qual a verdadeira posição e a correlação que existe entre o direito e a acção que lhe corresponde. (11)

As opiniões diversas podem reduzir-se ás duas seguintes:

Pela primeira se affirma que a acção não constitue um direito differente d'aquelle que protege. E' um meio auxillar, é um accrescimo ao direito, é a parte constitutiva do direito, é uma manifestação differente do mesmo direito, mas não é de modo algum um direito distincto.

A outra, pelo contrario, affirma que a acção é um direito autonomo e independente das relações juridicas que estabelece ou que garante.

Ainda, neste ultimo caso, se pode conceber a autonomia da acção, ou presuppondo sempre a *necessidade* de um direito anterior, ou con-

(11) Vide nota (7) que tem aqui inteira applicação. Alli discutia-se se a acção era ou não um direito: aqui discute-se a natureza desse direito, e se é elle distincto do direito que a acção protege. Disto trata especialmente a nota (1) do § 13 de João Monteiro, ob. citada, aonde se referem as diversas opiniões e escolas a respeito. São muito interessantes sobre esse ponto as observações de Windscheid, Diritto delle Pandette, trad. Cicala § 44 nota (2) e nota (5) final.

siderando-a de todo independente da existencia ou não um de um direito pre-existente.

Esta ultima opinião é a preferivel. (12)

A acção tem realmente por fim assegurar a realisação do direito; mas não é este o seu fim unico.

O direito que se allega nem sempre é certo e incontestavel; é até na maioria dos casos susceptivel de duvidas em sua existencia, em sua extensão, em sua applicação.

Ora, a acção tem por fim antes de tudo resolver as duvidas sobre o direito allegado sobre as pretenções apresentadas.

Vê-se, portanto, que a acção é um direito tão independente e autonomo que pode existir sem outro qualquer direito preexistente.

Verifica-se bem este facto quando, depois de promovida uma acção, o juiz reconhece afinal que o autor não tem o direito que allegava.

Entretanto o direito de acção existia, vista como a acção foi acceita e passou por todos os seus tramites até a decisão final.

E d'ahi a consequencia de que *pode existir acção sem direito*. (13)

(12 Assim diz Chiovenda em uma Dissertação "*Sulla Tutella Giuridica Processuale* (*L'Azione nel Sistema dei Diritti;* dissertação que vem inserta no seu livro Saggi di Diritto Processuale Civile, 1904, pag. 52. Eis as suas palavras: "*Este direito de agir é pois diverso do direito privado offendido, quer em relação ao sujeito passivo, quer em relação ao conteudo.*" Toda a dissertação referida, que versa sobre a materia do texto, é muito interessante; e a esse respeito falla na opinião de que o direito de agir é um direito subjectivo *publico*, ao passo que o direito *offendido* ou (na minha expressão) o direito que a acção invoca, é um *direito privado*.

(13) Bem entendido, *sem direito subjectivo*, por que

V

Ainda verdadeira é a consequencia inversa. *Pode haver direito sem acção.*

E' verdade que o nosso legislador parece affirmar exactamente o contrario quando diz no Codigo Civil art. 75: *"A todo o direito corresponde uma acção que o assegura."*

Esta affirmação, porém, deve ser tomada em termos habeis, e *acção* ahi só pode ser entendida no sentido mais amplo de que fallamos como meio judicial de reconhecimento do direito, isto é, comprehendendo tambem a allegação do reu, ou à *excepção."*

Na memsma ordem de ideias é muito melhor a redacção do Codigo Civil portuguez art. 12: *"Toda lei que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para seu exercicio."*

De facto, sendo um dos fundamentos caracteristicos do direito a possibilidade de ser exigido por coacção, segue-se que a todo direito deve corresponder esse meio coercitivo de fazel-o realisar.

Mas ha casos em que a lei, não podendo negar o direito, porque este deriva de um prin-

---

toda acção deve naturalmente ser fundada em uma lei ou direito objectivo que a autoriza. .Chiovenda Obra citada pag. 72: *"Puó darsi in certi casi azione senza diritto subbiettivo."* Na pagina 56 este escriptor falla em um *direito que preexiste ao pedido judicial*, mas esse é *o direito subjectivo publico*, independe da existencia (*spettanza*) effectiva de um direito privado." Idem pag. 55.

Não se entende porem que esse direito de agir em juizo compete indistinctamente a todos, continua Chiovenda, mas somente ao autor que se refere a uma norma de lei existente. Compete, por exemplo, á restituição de um mutuo mas não ao pagamento de uma divida de jogo."

cipio logico superior á propria lei, nega entretanto, a acção para realisal-o.

O direito então não deixa de existir, nem deixa de ser reconhecido, porque uma vez voluntariamente effectuado, a lei garante a sua efficacia, mas ella não admitte uma acção que possa fazel-o valer.

Taes são os casos de divida prescripta, Cod. Civil arts. 177 e 970, de emprestimo a menores, Id. Art. 1259, de dividas de jogo, Id. art. 1477, e de repetição de dividas para fim illicito, art. 971; e outros ainda. (14).

---

(14) Essa materia se relaciona com a das obrigações naturaes, de que aliás falla expressamente o art. 970 do nosso Codigo Civil. .Diz Windscheid nas suas *Pandette* trad. Faddu e Bensa § 288: "*A importancia juridica que refere-se a obrigação natural (ou obrigação impropria) é antes de tudo, determinar-se negativamente.* A obrigação natural não dá ao *credor a faculdade de acção* (Dig. 46—1—fr. 16 § 7 e Dig. 46—3—fr. 94 3). Por *outro lado a* FACULDADE DE AGIR *é de tal forma o presupposto da realisação do poder concedido pelo direito, que aonde ella falta, ha motivo para se fallar de um direito apenas improprio.*"

O mesmo autor ja tinha dito, em nota 3 ao § 44, que as OBLIGATIONES NATURALES, *como qualquer cousa de anomalo e excepcional, devem ser deixados de parte quando se trata de aprofundar a essencia dos direitos.*" Por sua vez *Dernburg, Pandette.* (traducção Cicala) § 137 refere-se a assumpto semelhante; a saber se um *direito existente* pode ser invalidado por meio de excepção.

Muitos, diz elle, affirmam que nesse caso ha uma *contradictio in adjecto*, mas não ha duvida que pelo Codigo Civil allemão está resolvido que pode faltar *um direito de agir*, o qual só pode realisar-se por meio de excepção." No § 150 da mesma obra diz ainda Dernburg, referindo-se á prescripção: "que realisada está, continua a *subsistir o credito*, embora faltem ao credor os meios de realisal-o coactivamente. Se o devedor paga voluntariamente, isto não constitue uma doação, elle apenas realisa *o pagamento de um debito, aqui se manifesta a subsistencia de uma obrigação natural.*" Acha-se assim justi-

Nos dous ultimos casos a lei não reconhece a existencia da divida e portanto o *direito* do credor, de modo que se este tiver recebido o pagamento não é obrigado a restituir; mas nega-lhe a acção para haver directamente esse pagamento.

Nos dous ultimos casos a lei não reconhece a divida, considera-a illegitima; mas uma vez paga, não dá tambem acção para repetil-a ou rehavel-a, apezar do pagamento indevido.

VI

Do exposto conclue-se que o fundamento juridico da acção não é precisamente *um direito anterior violado*.

Não é sempre a *preexistencia* de um direito, porque a acção pode ter por fim pedir apenas a declaração de uma relação juridica que é duvidosa; e mesmo quando pede a realisação e a obediencia a um direito, que o autor julga certo e evidente, pode dar em resultado a negação do supposto direito, ou pelo menos a sua modificação.

O fundamento portanto da acção não é propriamente o *direito*, mas sim a *incerteza*, a duvida que se pode ter sobre a existencia e a extensão do direito pretendido. (15)

---

ficado o que se diz no texto: o direito existe, mas o meio juridico de fazel-o valer não é a acção; será a excepção e em certos casos a retenção.

(15) Note-se a esse respeito o que diz J. Monteiro Obr. cit. No § 18 elle enumera como condições subjecti-

Por mais claras, mais precisas e previdentes que sejam as normas juridicas, sempre despertam e hão de suscitar duvidas sobre a sua applicação aos factos occorrentes.

Essa duvida ou incerteza sobre o direito pode provir ou de uma contestação, de uma resistencia de outrem, ou de uma *incerteza,* de uma falta de documento do proprio autor.

No primeiro caso a contestação e a resistencia é que caracterisam e justificam a acção, estabelecendo ou provocando o debate entre as partes interessadas.

Isto succede, quer o reu se negue ao cumprimento de uma obrigação que se lhe exige, deixando de reconhecel-a, quer desrespeitando e violando um direito real que o autor allega.

Então a necessidade de um reu certo e determinado, de uma pessoa contra quem se proponha a acção é uma das condições da existencia della.

No segundo caso, isto é, quando a duvida sobre o direito provém de uma incerteza, de uma falta de documentos, então a contestação é um facto secundario; a acção pode existir sem reu certo e determinado, pode ser proposta pedindo-se a citação de pessoas incer-

---

vas do exercicio da acção: 1.° "*a existencia de um direito*", mas logo no § 19, nota (1) diz: "que o direito de que se trata não pode significar uma relação juridica, ISENTA DE QUALQUER IMPUGNAÇÃO, aliás nem se conceberia possivel sentença que concluisse pela absolvição do *accionado,* basta que *se* PRETENDA certa relação de direito. As simples *pretenções de direito devem ser tuteladas pela autoridade judiciaria.*"

tas ou desconhecidas que tenham interesse em contestal-a.

Neste particular a acção de declaração tem *alguma semelhança* com as acções reaes e por isso os romanos incluiam ambas na *expressão acções in rem,* isto é, impessoaes ou objectivas.

Em qualquer caso sempre que as partes se vem embaraçadas por essas duvidas a respeito do direito que suppõem ter, invocam a intervenção de um poder competente para resolvel-as. (16)

E' este facto que determina e justifica a acção.

Veremos a seu tempo, e desde já se comprehende, que além desse fundamento, a acção se caracterisa pela existencia real ou presumivel de pretenções oppostas, e se deve justificar por um interesse da parte de quem a promove, e por sua perfeita adaptação ao direito que se pretende provar.

VII

Do que se tem dito deprehende-se desde já uma primeira divisão das acções.

---

(16) E' preciso não confundir essas acções que vão simplesmente declarar um direito duvidoso com os actos de jurisdicção voluntaria ou de mera administração do poder judiciario. Esses actos não são *acções,* isto é, não são destinados a suscitar debate ou controversia entre partes oppostas; elles teem por fim ou tomar uma medida administrativa ou sanccionar por meio de homologação accordos e transacções das partes.

Ou ella tem por fim determinar uma simples relação juridica duvidosa, estabelecer um direito que ainda não é certo, e neste caso ella só visa o reconhecimento e a declaração desse direito, sem se preoccupar com a condemnação de quem quer que seja.

Ou ella visa especialmente uma determinada pessoa, exigindo que esta seja condemnada a cumprir com uma obrigação certa e definida, a respeitar um direito violado.

No primeiro caso a acção é de simples *declaração* ou de *reconhecimento;* no segundo caso ella é de *condemnação*.

Todas as acções teem o seu periodo ou phase de declaração, em que, depois dos debates das partes, o direito é reconhecido e determinado.

Mas nas primeiras o processo termina no reconhecimento ou negação do direito que se pretende; não ha nellas condemnação nem execução propriamente dita.

Podem ser propostas contra um reu, de quem o autor suspeite, que tenha interesse em se oppor á sua pretenção. Esse reu pode contestar as pretenções do autor se realmente for nisto interessado; mas qualquer que seja o resultado final da acção não se dará nella *condemnação* no sentido juridico da palavra.

A satisfacção das custas não provém propriamente de uma condemnação, mas de um onus que a lei impõe a aquelle, que menos razão tinha no debate suscitado; ella se dá em virtude da lei, mesmo quando o juiz deixa de pronuncial-a.

Ha mesmo casos em que nessas acções in-

tervem muitos interessados, e a nenhum delles cabe propriamente o nome de autor e de reu, e são todos *litis consortes*.

Isto dá-se especialmente nas acções de *juizo divisorio*: partilha, divisão e demarcação, em que afinal as custas são rateadas.

VIII

As acções de declaração são conhecidas desde o Direito Romano, e admira, de facto, como entre os juristas e processualistas posteriores passaram ellas despercebidas quanto ao seu verdadeiro caracter, de acções *sem condemnação*.

No Direito Romano ellas se denominavam acções *prejudiciaes*, e tinham certa semelhança com as acções reaes pelo seu caracter de completamente *impessoaes*:(17)

Segundo as Institutas ellas comprehendiam as acções de estado das pessoas: *liberdade, cidade e familia*. Mas segundo outras fontes do Direito Romano, ellas tinham muitas vezes por fim averiguar um facto, a importancia de um dote, a responsabilidade de certos fiadores, o valor de uma cousa a demandar, e assim por diante. (18)

---

(17) Assim diz-se expressamente nas Institutas de Justiniano IV —6—§ 13: "*Præjudiciales actiones in rem esse videntur.;* e essa expressão *in rem*—não quer dizer somente real, ou referente a cousas, mas tambem impessoal ou objectiva, isto é, sem referencia a pessoa certa

(18) GAIUS, INST. IV—44 Vide Ortolan Inst. de Justiniano Vol. 2.° n.° 2112 Commentario a Inst. 4—6—§ 13. 5

Essas causas se caracterisavam exactamente pelo facto de não conterem condemnação.

IX

Podia-se, imitando as fontes do Direito Romano, chamar *acções prejudiciaes* a essas acções de *declaração* ou de reconhecimento

Mas seria necessario que nellas se incluissem não só as acções de estado das pessoas, como ainda todas aquellas que não teem por fim pedir uma condemnação; e isto seria ir de encontro a uma tradição ja muito arraigada.

Dos processualistas modernos, que tocam neste assumpto, temos o Dr. Alberto dos Reis, professor de Coimbra, que adopta para essas acções a denominação de acções *de apreciação.*

Os autores italianos como Chiovenda e Manfredini, dão-lhes o nome de acções de *reconhecimento,* (*accertamento*) ou de declaração (*dichiarative o ricognitive*). Dernburg por seu traductor chama-as acções de verificação (*constatazione Feststellungklage*) acção de terminação do estado. (19)

---

(19) CHIOVENDA, *Obra e local citados,* MANFREDINI *Corso di Diritto Giudiziario* ns. 144 a 199 pags. 162 a 166, e n. 179 pag. 128. —MORTARA no seu *Commentario alle Legge di Procedura* Vol 4.° n.° 38, adopta tambem ha *para as sentenças* esta distincção: "de simples declaração ou reconhecimento (*accertamento*) e de declaração com condemnação. A palavra italiana *accertamento,* applicada ás acções de declaração ou reconhecimento vem do Cod. Civil Italiano arts. 1935 e 1989 onde se falla de assignaturas ou firmas *autenticate da notaio od* ACCERTATE *giudizialmente.*

Dou preferencia á denominação de acções *de declaração*, ou *declaratorias*, porque mostra que essas acções se exhaurem e terminam com a primeira phase do processo a que se dá a mesma denominação.

X

A essas acções de declaração se contrapõem ás de *condemnação* ou *condemnatorias* que são as mais communs, e por isso em muito maior numero.

Emquanto as outras terminam no reconhecimento ou na declaração do direito, as acções de condemnação não dispensam esta ultima parte da sentença, e juntamente com o direito que reconhecem, devem conter a condemnação, creando para o reu uma obrigação certa e definida.

Dr. Methodio Maranhão.

Discurso

pronunciado pelo Dr. Octavio Hamilton Tavares Baretto, como paranympho, na solemnidade de collação de gráo aos bachareis que se formaram em Dezembro de 1916 pela Faculdade de Direito do Recife.

Meus jovens collegas:

No mais bello dia da vossa vida academica, no momento em que vêdes realisadas as aspirações com que entrastes nesta Escola de Direito, ha cinco annos, entendestes de me conferir a honra insigne de dirigir-vos a saudação de despedida. Por um requinte desta bondade de que está sempre aquecido o coração dos moços, deliberastes chamar ao desempenho de uma missão tão sympathica o mais modesto entre os professores desta Faculdade, convencidos, como deveis estar, de que os meus collegas, todos mais illustres do que eu, podem dispensar d'ora em deante estas distincções escolares, uma vez que bastam, para o relevo dos seus nomes, as conquistas que já realisaram.

Eis-me, pois, na tribuna para attender ao vosso appello tão gentil, desde que nada posso recusar-vos.

Meus jovens collegas.

Ser-me-ia muito aprazivel que no momento da nossa separação eu pudesse estar tranquillo quanto ao vosso futuro na vida publica, que se vae abrir deante de vós. Pelo muito que vos estimo, eu desejaria que fosseis encontrar lá fóra uma carreira tranquilla e segura, onde vos fosse permittido attingir a prosperidade e as honras sem grandes luctas e sem dolorosos sacrificios.

Infelizmente, o momento que atravessa a civilisação não é muito para inspirar prognosticos optimistas.

A humanidade civilisada transpõe na hora actual uma das mais profundas crises da historia.

Até ha bem pouco tempo estava quasi generalisada a crença num futuro de progresso constante, de felicidade sempre crescente e de perfectibilidade absoluta para a sociedade.

Já se ia acreditando na victoria definitiva da Justiça e do Direito, e os espiritos generosos pricipiavam a apregoar a proxima realisação do velho sonho da paz universal.

O vate immortal da *Lenda dos Seculos* prophetisara um dia que a Europa no seculo XX havia de constituir uma só nação, ou antes uma só familia. "*A idéa de trabalho ficará expurgada da idéa de servidão; da egualdade sahirá perfeita a instrucção gratuita e obrigatoria; o ensino substituirá o castigo e a prisão transformar-se-á em escola;. ficará*

abolida a ignorancia; o homem que não saiba lêr será tão raro como o cego de nascença; comprehender-se-á o JUS CONTRA LEGEM; *a politica ficará abolida pela sciencia. Chamar-se-á Europa no seculo XX (esta nação), e nos seguintes outra vez transfigurada chamar-se-á Humanidade. A Humanidade será a nação definitiva entrevista pelos pensadores."*

E' certo que os estadistas traquejados no manejo dos homens esboçavam um sorriso de ironia e punham sempre em duvida que isto fosse alguma coisa mais do que um sonho de poetas. A verdade, porém, é que não eram somente esses eternos ideologos a acreditar na consolidação definitiva da paz entre as nações. Esta crença penetrava pouco a pouco no recinto dos parlamentos e até já era afagada nos gabinetes dos ministros e nas conferencias dos embaixadores.

O Tribunal de Haya ia tomando a serio os seus laudos, e mais de uma vez foi discutida com uma certa gravidade a proposta de desarmamento das grandes potencias mundiaes.

Hoje todas estas coisas pertencem ao dominio do passado, e tão grande foi a desillusão experimentada, que esse passado já parece tão afastado de nós e tão longinquo como os tempos em que Campanéla escreveu a sua *Cidade do Sol,* em que veio á publicidade a *Utopia* de Thomaz Morus, ou, melhor ainda, como a epocha ha tanto esvaecida das illusões douradas da *Republica* de Platão.

Quando ha dois annos as nações mais poderosas da Europa, e por isto mesmo consi-

deradas como as mais interessadas em conservar e defender o patrimonio de uma civilisação de tantos seculos, se atiraram aos azares dessa guerra sem exemplo, de que não podemos prever a duração nem as consequencias, pode-se dizer que o mundo mergulhou nas sombras do desconhecido para reapparecer sob novas formas, que as intelligencias mais videntes e mais profundas ainda não podem delinear com segurança.

Guilherme Ferrero, o grande historiador italiano, estudando as causas remotas e os motivos apparentes do assombroso cataclysmo, considera um erro grosseiro a opinião dos que sustentam não existir na conflagração européa mais do que uma guerra entre nações, em vez de uma crise nunca vista, em que se hão de resolver problemas essenciaes, de que vão depender os destinos mesmos da civilisação.

"Os tratados de alliança, os tratados de commercio, os principios politicos e juridicos, a organisação da industria e do banco, as relações entre os Estados, os povos, as classes, tudo foi destruido, supenso, abalado, revolvido." "Cada um de nós, —asserta aquelle pensador, —recorde-se de como via o seu paiz, o mundo, a vida e seus deveres na primeira metade do anno de 1914 e compare o que pensava então com o que pensa hoje. Que differença! Como os tempos de antes da guerra nos parecem afastados! Não ha uma pessoa só, das menos habituadas mesmo á reflexão, que não experimente hoje o sentimento de ter vivido a primeira parte da sua existencia na

illusão e no erro, e de haver sido bruscamente chamada á verdade por um violento abalo."

E' uma grande obra de reconstrucção a que se vae realisar, sem duvida, e é immensa a responsabilidade dos que têm de cooperar por qualquer forma nesta empreza gigantesca.

Mas para a nossa patria especialmente é de graves apprehensões a hora que passa.

Este quadro de tão carregadas côres, a nós brasileiros é que apresenta o seu aspecto mais sombrio.

A' confiança na solidez do nosso edificio politico-social succederam duvidas bem graves a respeito do nosso futuro.

Por toda a parte vê-se lavrar a descrença, e os dirigentes da opinião publica não se mostram tranquillos a respeito dos nossos destinos.

A repercussão da crise européa veio mostrar que não são tão solidos, como pareciam, os alicerces sobre que assenta a nossa nacionalidade.

As nossas condições economicas, a situação financeira, a força de resistencia das instituições politicas, a constituição moral, os costumes politicos do Brasil, tudo é considerado inconsistente.

A imprensa e a tribuna do parlamento clamam sem cessar, annunciando o descalabro que vae imperando.

A politica malsã avassala e corrompe tudo, falseando as eleições, accendendo a lucta fratricida entre as facções nos diversos Estados da União, invadindo o mais elevado pre-

torio da Justiça para impôr aos magistrados a parcialidade nas contendas dos partidos.

Vae-se enervando dia a dia a repressão dos crimes. A criminalidade avulta em crescendo impressionante.

O Jury absolve systematicamente os delinquentes protegidos. Os rigores do Codigo são para os proletarios.

Deturpa-se o instituto do *habeas-corpus*, que vae sendo astuciosamente convertido no mais seguro meio de successo dos ardis e tranquibernias partidarias.

A improbidade campeia, e os desfalques dos dinheiros do Erario consomem uma bôa parte das rendas do paiz.

As baixas camadas sociaes justificam os seus desvios allegando que o máos exemplos vêm do alto.

São geraes a insatisfação e a intranquillidade e, para mais aggraval-as ,resôam todos os dias nas tribunas da Camara e do Senado os toques de rebate, chamando os republicanos a mais uma vez cerrar fileiras em torno das instituições, ameaçadas por conspirações surdas, que talvez venham a explodir.

Eis ahi, sem o menor exaggero, a situação da nacionalidade brasileira.

Tudo isto, aliás, não constitue novidade para nenhum de vós. As Academias não são em nossos dias, como já foram outr'ora, especies de mosteiros fechados aos rumores e ás agitações do seculo. Aqui se sentem todas as vibrações da vida social, e nada do que acabei de referir irá lá fóra causar-vos a menor surpreza.

Do que digo, porém, não vades erradamente suppôr que eu queira concluir por aconselhar-vos, o fatalismo musulmano. Não: bem longe disto.

O que eu tenho em vista é tão somente dar-vos a sentir agora que vae ser muito mais ardua a vossa tarefa na obra da remodelação da patria, uma vez que é aos juristas que ha de caber sempre a participação mais immediata e mais directa na orientação da vida social.

O dr. Pedro Lessa, o altanado espirito que tanto honra a nossa Suprema Côrte de Justiça, já teve occasião de proclamar com a sua incontestavel autoridade de jurista philosopho: "Apague-se a historia das academias juridicas do Brazil, e a historia da nação brasileira será um enigma."

Para que possaes dar nobre e cabal desempenho á vossa missão de juristas, tereis, portanto, que despender maiores esforços e fazer mais penosos sacrificios do que outros collegas vossos daqui sahidos em tempos mais felizes.

Era esta a conclusão a que eu queria chegar.

Meus jovens collegas:

Por um phenomeno reflexo perfeitamente explicavel pela psychologia das collectividades, quando a atmosphera está por toda a parte tão carregada da electricidade da guerra, acaba de apoderar-se do nosso paiz um incoercivel enthusiasmo guerreiro, que só na

militarisação do Brasil descobre o remedio efficaz para curar os achaques de que elle tanto padece. Desde o sr. Hermes da Fonseca, a mais alta patente do nosso exercito, até ao sr. Olavo Bilac, o principe dos nossos poetas, apregoam todos que é na instrucção militar ministrada sob todas as suas formas á mocidade brasileira que havemos de encontrar a salvação, e attingir rapidamente ao nivel daquella grandeza e daquella felicidade que a Allemanha já conseguio alcançar entre as demais nações.

Não me deixei tomar da vertigem, e não sigo com esta corrente, consequencia talvez de me haver feito a ingrata natureza demasiado inapto para o mister das armas.

Acredito, erradamente por certo, que uma nação pode chegar ao mais elevado nivel de progresso, fóra do regimen dos grandes armamentos e da paz armada, e a quem esboçar uma duvida eu contestarei com este argumento irretorquivel: os Estados Unidos da America do Norte.

Alli a mocidade não se prepara para a vida publica, aprendendo no Evangelho do Marechal Moltke que —"a guerra origina e estimula nos homens as qualidades heroicas e viris, que no rithmo quotidiano e regular da vida esmorecem e se extinguem"; alli não encontrará admiradores aquelle outro guerreiro allemão, que provou aos primeiros embates da guerra de 1914 a maxima, tão impregnada de piedade christã, que —"a guerra, quanto mais cruel e implacavel, mais rapida, e portanto mais humana." A estas horas aquelle benemerito da humanidade e da civilisação ha de es-

tar verificando, por entre as ruinas fumegantes da Belgica martyrisada, a efficacia do seu ensinamento.

Não. Nos Estados Unidos os cathecismos que os srs. Bryan e Theodoro Roosevelt compõem para uso de seu povo contem doutrinas de outra natureza, não tão elevadas e profundas, talvez, mas sem duvida mais assimilaveis para os homens civilisados dos nossos tempos.

A grande republica norte americana não tem epopéas guerreiras para mostrar ao mundo; lá não se encontram as tradições heroicas de um Carlos Magno, Frederico —o Grande ou Napoleão 1.°; lá o sangue ha sido derramado tão somente pela liberdade e pela independencia; não são as virtudes marciaes as que se cultivam de preferencia no coração da mocidade.

Mas eil-a, a altiva patria de Washington, grande, prospera, cheia de força e de prestigio, cercada pelo respeito e pela admiração do mundo.

Atravesse-se a Allemanha, essa formidavel potencia guerreira, no caminho que vae seguindo ovante a gloriosa Federação Americana, e eu duvido muito que os compatriotas do sr. Wilson hajam de empallidecer e de voltar as costas aos legionarios do Imperador Guilherme.

Deixemos a Europa fascinada pelo seu velho ideal procurando firmar a civilisação sobre as conquistas da força, e, sigamos nós outro caminho. Em vez de pregar aos moços o odio entre os povos, formemos o caracter da juventude pelo cultivo das virtudes civicas,

fortalecamos nella o sentimento da solidariedade humana, e procuremos assentar a nossa grandeza sobre as bases muito mais duradouras da paz e do trabalho.

Meus jovens collegas:

Muito embora os obstaculos de que está eriçado o caminho, que ides percorrer, eu tenho plena confiança em que haveis de transpôl-os todos, e tenho esta confiança porque de perto vos conheço, e posso aquilatar de que valor é a vossa enfibratura moral.

Conheço entre vós aquelles que já sahem daqui manejando a penna como jornalistas consumados. Conheço os que são dotados de espirito calmo e reflectido, sabendo orientar-se em qualquer occasião pelo criterio mais seguro. Conheço os que já estão habituados a travar os combates da palavra, subindo com intrepidez á tribuna, que mais tarde não terá segredos a desvendar-lhes.

E em todos folgo de reconhecer esse ardor, esse enthusiasmo espontaneo, essa bravura moral, emfim, que é a primeira condição de successo na existencia.

Eu tenho, portanto, a certeza de que haveis de ser dignos desse titulo que vos foi ha pouco conferido pelo venerando Director da Faculdade, e que haveis de exercer com galhardia qualquer das muitas profissões para que vos torna aptos o diploma de bacharel em direito.

Como homens de imprensa, haveis de comprehender que se a penna do jornalista na

mão leal de um Evaristo da Veiga, de um João Francisco Lisboa, de um Ruy Barbosa, de um Quintino Bocayuva, de um Joaquim Nabuco ou de um Martins Junior é um instrumento de governo, de doutrinamento e de moralisação de um povo, a penna do jornalista na mão desses follicularios vis, que a embebem no veneno da mentira para intrigar, para mystificar, para dilacerar a reputação alheia, a penna na mão de uns taes é um intrumento mais perigoso do que a navalha na mão do *apache*. Nunca haveis de aviltar a vossa penna.

Se vos devotardes á carreira politica, por certo não haveis de alistar-vos ao mando dos politicos profissionaes que têm por lemma a maxima que "os fins justificam os meios", e que adoptam a theoria proveitosa, mas não honesta, das duas moraes: uma moral rigida para o homem particular, e para o homem publico uma moral acommodaticia e elastica, que comporta a perfidia, a trahição e até o crime. Não não posso acreditar que para obter successos rapidos e faceis sejais capazes de sotopor o bem publico ás conveniencias pessoaes, jurando bandeira nas hostes de uns tantos caudilhos, principaes responsaveis pelos desastres da nossa patria: caudilhos que se não foram capazes de aprender no *Principe* de Nicoláo Machiavel as suas argucias e subtilezas florentinas, podem dar-lhe, entretanto, licções de corrupção e violencia.

Magistrados, haveis de ter sempre em mente a advertencia austera do Chanceller d'Aguesseau: "Juizes, reflecti sempre que vós

julgaes os homens, mas o povo julga a vossa justiça."

Fortalecidos pelo estudo e envoltos na couraça adamantina dos vossos principios, eu tenho fé em que não vos haveis de deixar enlear pela chicana dos rabulas, nem intimidar pelas ameaças dos potentados.

Se por essa alta e nobilitante profissão de advogado se manifestarem as vossas preferencias, nunca tomareis por norma que todas as causas são bôas para o advogado, como todos os casos clinicos são bons para o medico. Lendo ha tempos as obras de um grande advogado francez, que depois de haver conquistado todos os louros que a tribuna forense podia prodigalisar á sua eloquencia dominadora, ascendeu ao posto de *batonnier,* que só Berryer tinha sido capaz de honrar tanto como elle, deparei num dos seus magnificos discursos de abertura das sessões da Ordem dos Advogados de Paris conselhos dignos de um juriconsulto dos bellos tempos de Cicero. "O ministerio que nós exercemos, meus caros confrades — dizia o grande Chaix d'Est Ange —não é para nós inteiramente facultativo e voluntario: é uma especie de ministerio publico e de patronato que nos crêa deveres para com os nossos concidadãos. Este gabinete em que estamos não é somente um refugio para tranquillos estudos: é tambem como que um logar de asylo, constantemente aberto a todos os interesses licitos e a todos os direitos legitimos.

E' aqui que se nos revela um outro dever, cujo cumprimento é tambem necessario á dig-

nidade da nossa profissão, um dever sem o qual ella perderia toda a consideração que lhe é devida, e não seria mais do que um miseravel trafico: eu quero fallar da escolha das causas.

Quando, apoiando-se na mentira e na fraude, um pleiteante tenta enganar a justiça, reflecti bem que, vos fazendo os orgãos de sua pretenção, vos tornaes os cumplices de sua deslealdade.

Que nenhuma consideração, nenhum interesse vos determine a acceitar este papel que a vossa probidade deve repellir.

Mas não é somente nas causas civeis que esta reserva vos é imposta; deveis observal-a tambem nas causas criminaes.

Que o vosso talento, o vosso ministerio, não sirvam para trazer ao seio da sociedade um culpado, do qual os novos crimes seriam obra vossa, cuja impunidade escandalosa seria para outros um estimulo e para a sociedade um flagello.

Os successos assim obtidos seriam cruelmente pagos. Vendo o talento do advogado sempre prompto a se ageitar a todas as causas, ficar-se-á sabendo o que vale este calor sempre prompto, esta habilidade que consiste na dissimulação, no equivoco, na mentira, e, dentro em pouco, cercado pela desconfiança geral e legitima, esse advogado verá perecer ao mesmo tempo a sua consideração e a sua clientela."

A divisa do advogado ha de ser sempre a velha divisa *"Non omnia, sed bona."* E esta ha de ser a vossa norma.

Meus jovens collegas:

Eu não devo ir mais longe. Haveis de estar anciosos pela occasião em que possaes estreitar ao peito os vossos pais e os vossos amigos, aquelles, emfim, pelo amor e pela dedicação de quem adquiristes o direito de usar d'ora em deante a toga de jurista, que conto haveis de saber prezar, como os jovens patricios romanos prezavam a toga pretexta que revestiam no limiar da vida publica.

Eu não quero afastar o momento de tão justas e tão puras expansões.

Duas palavras, portanto, antes de terminar, e estas serão as nossas despedidas.

Meus jovens collegas:

Podeis levar a certeza de que nunca se apagará em meu espirito a lembrança das provas de sincera e desinteressada amizade que me prodigalisastes emquanto estivemos reunidos nesta casa, e com esta recordação perdurará tambem em mim o desvanecimento de haver alcançado taes provas a moços de tão formosos predicados.

Daqui ficarei attento á vossa marcha ascensional para o futuro, e, animado da mais calorosa sympathia, serei solicito em bater palmas aos vossos triumphos, que não vos pertencerão exclusivamente, pois hão de ser encorporados ao patrimonio moral deste Insti-

tuto quasi secular, o solar commum em que se educou o nosso espirito, e cujos brazões todos nós temos o dever sacratissimo de zelar.

Meus jovens collegas, meus caros amigos:

Ide e sêde felizes.

Dr. Constancio do Santos Pontual

Em 25 de Dezembro de 1916, após longos soffrimentos veio a fallecer, n'esta cidade do Recife, o velho cathedratico de Medicina Publica em nossa Faculdade de Direito, o Dr. Constancio dos Santos Pontual.

Talento de escól, preparo não commum, o Dr. Constancio Pontual foi escolhido professor de Medicina Publica por occasião da reforma do ensino, conhecida pela de Benjamim Constant, no Governo Provisorio, portanto, tendo sido assim quem inaugurou esta classe de estudos em nossa Faculdade.

A escolha do governo não podia ser mais acertada, tendo sido o Dr. Constancio Pontual um dos professores que fizeram epocha e crearam discipulos, que se tem espalhado por todo o paiz, levando os ensinamentos de suas eloquentes e, sabias lições.

O seu fallecimento foi uma perda sensibilissima para a Faculdade, que por occasião do infausto accontecimento, prestou á sua memoria as homenagens merecidas aos seus talentos e ao seu caracter.

Por sua vez, a *Revista Academica* rende, nesta pagina, á memoria de seu illustre companheiro, o mais profundo preito de admiração e de saudade.

Vittorio Sacerdoti

Em Modena, sua cidade natal, se finou quasi repentinamente, em Março ultimo, aos 33 annos apenas de edade, o illustre mestre italiano cujo nome encima estas linhas.

Formado em direito em 1903, pela Universidade de Parma, derigidos os séus estudos pelo sabio Sraffa, *Sacerdoti*, que em 1904 entrara para a magistratura, abandonou em 1910 esta carreira e em concurso brilhantissimo conquistou uma cadeira de professor na Universidade de Urbino, da qual em 1915 foi transferido para a de Ferrara.

Os estudos de direito eram a sua occupação favorita; os seus trabalhos sobre prescripção em materia de sociedades, sobre compensação em fallencia, sobre direito cambiario, muito difficilmente poderão ser excedidos.

As letras juridicas perdem assim, na flôr dos annos, um dos mais futurosos juristas dos ultimos tempos.

Lista dos directores, vice-directores e lentes da Faculdade de Direito do Recife, desde a sua creação, e data das respectivas posses.

(Em continuação do n. 16 desta Revista)

Directores effectivos

14—Dr. Augusto Carlos Vaz de Oliveira—2 de Maio de 1911.
15—Dr. Adolpho Tacio da Costa Cirne—2 de Janeiro de 1913.
16—Dr. Sophronio Eutichiniano da Paz Portella—2 de Janeiro de 1915.
17—Dr. Adolpho Tacio da Costa Cirne (2.ª vez) —6 de Fevereiro de 1917.

Lentes

85—Dr. Joaquim Ignacio de Almeida Amazonas —substituto em 11 de Setembro de 1909 e cathedratico em 5 de Março de 1910.
86—Dr. Gilberto Amado—substituto em 8 de Maio de 1911.
87—Dr. Bento Americo Cavalcanti Sobrinho —substituto em 19 de Junho de 1911.
88—Dr. Sebastião do Rego Barros,—substituto em 27 de Outubro de 1914.
89—Dr. Antonio Vicente de Andrade Bezerra—substituto em 17 de Dezembro de 1915.

90—Dr. Francisco de Assis Chateaubriand—substituto em 5 de Janeiro de 1916.

91—Dr. Methodio Romano de Albuquerque Maranhão—substituto em 27 de Junho de 1916—Cathedratico em 19 de Agosto de 1916.

92—Dr. Mario de Almeida Castro—substituto em 19 de Agosto dc 1916.

Observações

E' necessario fazer as seguintes addicções á lista anteriormente publicada (vide n. XVI desta Revista)

67—Dr. Adolpho Simões Barbosa—Passou a cathedratico em 26 de Janeiro de 1917.

78—Dr. Thomaz Lins Caldas Filho—Passou a cathedratico em 24 de Setembro de 1913.

80—Dr. Genaro Lins de Barros Guimarães—Passou a cathedratico em 10 de Maio de 1911.

83—Dr. Hercilio Lupercio de Souza—Passou a cathedratico em 2 de Junho de 1915.

84—Dr. Octavio Hamilton Tavares Barretto—Passou a cathedratico em 14 de Abril de 1909.

Lista dos bachareis formados pela Faculdade de Direito do Recife em Março e Dezembro de 1916

NOME	Naturalidade	Data em que recebeo o grão
Anno de 1916		
Euclides Pinto	Pernambuco	29 de Março
Manoel Artuur Albuquerque Maranhão	»	» » »
José Cezar Brazil	»	» » »
Cicero Cavalcanti Feitoza	»	9 de Dezemb.
Mario Augusto da Silva Guimarães	Alagoas	» » »
Pedro Xavier Bastos	»	» » »
Nestor de Souza Monteiro	Pernambuco	11 de Dezem.
Oscar de Macedo Cavalcante	»	» » »
João Lapenda	»	» » »
José Luiz de Sá Fonseca e Albuquerque	«	» » »
Rodolpho Santa Cruz Oliveira	»	» » »
Francisco Duarte de Lima	Parahyba	» » »
Ademar de Freitas Bastos	Espirito Santo	12 de Dezem.
Eugenio de Oliveira Antunes	Pernambuco	» » »
Annibal Gonçalves Fernandes	»	» » »
Agamenon Sergio de Godoy Magalhães	Pernambuco	» » »
Herminio de Paula Castro Barroca	Alagoas	» » »
Manoel Guedes Alcoforado	Pernambuco	» » »
Nabor Bezerra Cavalcanti	»	» » »
José Marcelino da Rosa e Silva ilho	»	» » »
Boaventura Tavares de Lima	»	» » »
Clovis de Barros Wanderley	»	» » »
Antonio Pires da Costa Cirne	»	» » »
Sergio Loreto Filho	Espirito Santo	» »
Amaro Bezerra de Albuquerque	Pernambuco	» » »

NOME	Naturalidade	Data em que recebeo o grão
João Rodrigues da Fonseca	Pernambuco.....	12 de Dezem.
Garcilazo Vellozo Freire....	Parahyba.....	» » »
Jasé Ignacio Carneiro Filho	Pernambuco.....	» » »
José Saldanha de Araujo...	Parahyba.	» » »
Flavio Meirelles Ribeiro de Castro.....	»	» » »
Theodulo Pio Valença.....	Pernambuco.....	» » »
Augusto Pereira da Costa...	Alagoas.....	» » »
Olavo Oliveira.....	Ceará.....	» » »
Americo Netto do Rego Cavalcanti.....	Pernambuco.....	» » »
Raymundo Dias de Freitas	Piauhy.....	» » »
João Tavares da Silva.....	Pernambuco.....	» » »
Felippe Correia de Oliveira Andrade.....	» ...	» » »
Oscar Gonçalves Tavares de Mello.....	» ...	» » »
Cicero Jorge de Salles.....	» ...	» » »
Agostinho de Almeida Prado	S. Paulo.....	» » »

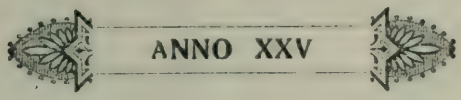
INDICE

Dr. Laurindo Leão.—A questão da pena; Theorias da punibilidade e da pena; Sua evolução; Suas classificações; Movimento humanitarista e systemas penitenciarios; Individualisação da pena e liberação condicional; Patronato; Regimens penitenciarios..... 3
Joaquim Pimenta—A lucta de classe em face do direito moderno..... 88
Dr. Clovis Bevilaqua.—Teixeira de Freitas 98
Dr. Joaquim Amazonas.—A ordenação do livro 4.º Tit. 80 § 1.º e o nosso futuro codigo civil..... 120
Dr. Joaquim Amazonas.—Testemunhas dos testamentos cerrados; Consulta e Pareceres..... 139
Dr. Methodio Maranhão.—Uma lição de theoria do processo..... 149
Dr. Octavio Hamilton.—Discurso... 167
Necrologias..... 183—185
Lista dos directores, vice-directores e lentes da Faculdade de Direito do Recife, desde a sua creação e data das respectivas posses..... 187
Lista dos bachareis formados pela Faculdade de Direito do Recife em Março e Dezembro de 1916..... 189

Revista Academica

DA

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE



COMMISSÃO DE REDACÇÃO

Dr. Adolpho Cirne. Dr. Laurindo Leão.

Dr. Virginio Marques

Dr. Joaquim Amazonas. Dr. Octavio Tavares

1917

11-184

PERNAMBUCO — BRAZIL

IMPRENSA INDUSTRIAL

78 — Rua Visconde de Itaparica — 82

RECIFE—1918

Pensamentos de paz. Aspirações de justiça.

I

Precisamente quando o Brazil, em documento official, de uma sobriedade expressiva e digna, se reconhece em estado de guerra, iniciada pela Allemanha, o meu espirito se volta para a paz, que, se fugiu do mundo, na hora presente, brilha radiosa no futuro, acenando-nos com os seus beneficios. Não é que desapprove o acto do governo. (1) A força irresistivel dos acontecimentos lh'o impoz. Nelle encontrou justa expressão a consciencia nacional. Não ficaria satisfeita a honra do povo, se não elevassemos a essa altura a energia do nosso protesto contra a violencia que desconhece o direito alheio, e escarnece da soberania

(1) O Dec. n. 8.361 de 26 de Outubro de 1917 reconhece e proclama o estado de guerra, iniciado pelo Imperio Allemão contra o Brazil.

das nações neutras. Mas o estado de paz é um dos ideaes da civilização. As brutalidades da guerra são persistencias, talvez inestirpaveis, da animalidade; e um dos mais fortes empenhos da civilisação é reduzil-as ao minimo, se as não puder eliminar.

A paz é o equlibrio das energias sociaes pelo direito ; a guerra é a lucta dessas energias, produzindo a desordem e a injustiça. Somente a guerra defensiva merece applausos das almas sãs, porque é uma forma da lucta contra o predominio da injustiça, da improbidade ambiciosa, da irritação tresloucada.

A guerra, que o Brazil acaba de acceitar, é desta ultima especie. E' a guerra da dignidade, que se mostra resentida da aggressão, e se põe em guarda contra novas investidas.

A guerra é, forçosamente, uma crise mais ou menos prolongada, mais ou menos dolorosa, na vida dos povos. A paz é o estado normal da sociedade dos Estados, é a athmosphera do trabalho, a condição necessaria ao surto dos sentimentos generosos de philantropia.

E'. pois, o proprio sentimento humano, a consciencia de que a humanidade tem um destino a cumprir, ao qual se dirige conduzida pelos interesses superiores da justiça, da moral, do bello e do verdadeiro que nos faz, ainda ouvindo o fragor horrisono da guerra, pensar nas alegrias da paz, e nos meios de tornal-a mais segura.

Acodem-me ao espirito as palavras de *Augusto Comte*: Dans les douloureuses collisions, que nous prepare nécessairement l'anarchie actuelle, les philosophes, qui les auront pré-

vues, seront déja préparés a y faire convenablement resortir les grandes leçons sociales qu'elles doivent offrir à tous." Deante da calamidade, que devasta as nações, na triste hora, que passa; não são somente os philosophos, que devem extrahir, das ruinas fumegantes e sangrentas, que se lhes desdobram aos olhos, lições sociaes, que tornem menos precaria a estabilidade da civilização na terra. São todos os que pensam e tem amor á familia, á patria e á humanidade.

II

Essas preoccupações pela paz, anceio pela tranquillidade, necessidade de reatar os elos quebrados da vida internacional nas suas variadas formas (commerciaes, industriaes, artisticas, scienticas, litterarias), sugeriram manifestações diversas, entre as quaes é de justiça mencionar, por se collocarem fóra da esphera de influencia dos interesses collidentes dos belligerantes, os trabalhos da *Organização central para uma* paz duradoura (2), e o *Congresso Internacional das mulheres* (3), cujos esforços no sentido de preparar o mundo para o advento e a permanencia da paz se mostraram, notavelmente firmes, seguidos e dominados de espirito constructivo.

---

(2) Ramificada por diversos paizes, tem essa associação, como ponto de irradiação, na Hollanda, o *Nederlandsche anti-orilog, Rad,* Conselho hollandez para uma paz duradoura.

(3) Verna *Sciencias e lettras,* anno IV, pgs. 151-134, as conclusões desse Congresso.

Na America, além das proveitosas publicações da *Internacional Conciliation,* e da *Carnegie Endowment,* a que se allia a *American Society for judicial settlement of international peace,* appareceram estudos valiosos, conducentes á organização da paz pela recta applicação das normas juridicas, corroboradas pela ethica e dirigidas pelo sentimento de humanidade.

O pensamento brazileiro não podia ser indifferente a esse nobilissimo impulso. Nação fundamentalmente pacifica, o Brazil poude dar arrhas de seu sentimento de concordia, celebrando um numero consideravel de tratados de arbitramento, e celebrando com o Uruguay esse accordo sobre a communhão das aguas da lagôa Mirim, que é um dos mais bellos gestos da nossa politica internacional, pela expressão de fraternidade americana, que o caracteriza. Aliás, a linha geral de nossa politica internacional, como acaba de affirmar em formosas palavras o sr. *Wenceslão Braz,* em proclamação, que se vae espalhando pelo paiz, e que se ha de perpetuar em nossa historia, por sua nobreza e sinceridade: "E' a paz a aspiração permanente do paiz. Foi ella, em todo tempo, o ideal da nação, educada nas normas do trabalho pacifico, do progresso na ordem, do respeito aos direitos alheios. Desde os primeiros dias da Independencia, a nossa acção internacional jamais se exerceu em detrimento de quem quer que fosse. Nossa extensa linha de fronteiras nós a fixamos pelo accordo e o arbitramento.

Nenhum outro paiz offerece, como o nosso, a pratica desse recurso admiravel da arbitra-

gem, como solução dos litigios internacionaes. Nunca tivemos guerra de conquista. E a indole do nosso povo está a indicar, em largos annos de vida laboriosa, que não nos movem outros intuitos, que não os da paz e do trabalho".

Como contribuição de pensadores independentes, no sentido de promover a concordia do genero humano, por uma organização da sociedade dos Estados, mais conforme á justiça, merecem especial menção o ensaio de ALBERTO TORRES, *Vers la paix*, e o opusculo de THEODORO FIGUEIRA DE ALMEIDA, *Missão americana*.

O primeiro propõe-se a resolver o problema da paz universal pela previa liquidação das causas de conflictos internacionaes existentes, pela organização da ordem internacional e pela creação de uma autoridade, a que os Estados prestem obediencia. O segundo acredita que a America está destinada a restabelecer e assegurar a paz definitiva do Occidente, solvendo as difficuldades do momento, e procurando reparar os erros politicos do passado europeu. O dever de gratidão do Novo Continente, que recebeu da Europa os beneficios da civilização, é estimulo bastante poderoso para que as energias moraes da America se concentrem com esse intuito.

O trabalho de FIGUEIRA DE ALMEIDA é um opusculo. Mas está escripto com tal vigor de pensamento que não pode, deixar de ter repercursão. O ensaio de THOMAS BALCH sobre as *International courts of arbitration*, em

1864 (4) é, tambem, um opusculo; mas ha nelle tão vivo amor á justiça e á humanidade, que se o pode considérar a causa efficiente do Tribunal de Genebra, que resolveu o conflicto entre os Estados Unidos da America e a Inglaterra, a proposito do *Alabama*. Disse delle FAUCHELLE que "marcou uma data memoravel na historia do direito internacional." Não é a extensão da obra que lhe dá valor. E' a força moral, que ella encerra.

Ao tempo, em que FIGUEIRA DE ALMEIDA escreveu o seu estudo, as nações da America estavam todas em paz, e essa circumstancia lhes augmentava a autoridade creada pelo conjuncto dos antecedentes, historicos "purificados, cada vez mais, pelo ascendente da politica republicana." Hoje, os Estados Unidos da America e o Brazil acceitaram o estado de guerra, o Uruguay, a Bolivia, o Peru, e ainda outras unidades politicas da America romperam relações com a Allemanha. Mas nem por isso é menos favoravel a situação do Continente para intervir em beneficio da paz organica.

Como fez sentir o egregio TAFT, "nós estamos empenhados nesta guerra para defender as democracias do mundo. O combate agora se trava entre as democracias e as autocracias." —(5).

Mais expressivamente disse WILSON em solemne mensagem ao Congresso de seu paiz, a 2 de Abril deste anno: "Nosso objectivo é vindicar os principios de paz e justiça na vida do

(4) Veja-se a 6.ª edição, Philadelphia, 1915, publicada por *Willery Balch*.

(5) *The Treaty Rights of aliens*.

mundo, contra o egoismo da autocracia e formar, entre os povos de governo realmente livre e autonomo, um conceito de intuitos e de acção, que assegure a observancia desses principios A neutralidade não é mais praticavel, nem desejavel, quando a paz do mundo e a liberdade dos povos estão compromettidas, e a ameaça a essa paz e a essa liberdade está na existencia de governos autocraticos, apoiados em força organizada, que dirigem segundo sua vontade e não segundo a vontade do povo."

....

....

Não temos disputas com o povo allemão. Nossos sentimentos para com elle são de sympathia e amizade. Não foi por impulso delle que o seu governo resolveu entrar em guerra; não foi com o seu previo consentimento e approvação.

E o Presidente WENCESLÁO affirmou que o Brazil fôra impellido à entrar na guerra "para defender sagrados direitos, formando ao lado dos que, ha mais de tres annos, se vem batendo pelas conquistas da civilização e pelos direitos da humanidade."

Não se desviou, portanto, a America da trajectoria da sua civilisação caracterizada pela actividade de, para o bem estar social, sob a egide do direito. Nem se tornou impropria da missão, que lhe aponta o moço pensador. Antes acceita-a com todos os sacrificios, confiada na victoria dos bons principios, porque

"o direito é mas precioso do que a paz", right is more precious than peace; porque "chegou o dia em que a America reivindicou o direito de derramar o seu sangue e despender a sua força pelo principios, que lhe deram o berço, a felicidade, e a paz que enthezourou."

Ha grandeza nessas palavras. E podem ser tomadas como exacta expressão da consciencia dos povos, que habitam este continente, no qual a solidariedade é um facto positivo, e, dia a dia, mais se accentua, recalcando e diluindo as prevenções que espiritos mal orientados, inutilmente, procuram fomentar.

Esta situação privilegiada permittirá á America uma acção conjuncta, no sentido dos ideaes humanos. E a prova de sua capacidade para elevar-se a essa empreza generosa, de politica internacional, está nesses factos capitaes, que FIGUEIRA DE ALMEIDA põe em relevo: —o *monroismo,* que é a organização defensiva do continente contra as violencias externas; a *doutrina de Drago,* que é a affirmação da soberania dos Estados em face das pretensões injustificaveis das grandes potencias, á mão armada; e o *tratado da lagôa Mirim,* elevada expressão de cordialidade e justiça.

Não se acham isolados na historia das relações internacionaes americanas esses factos. Elles culminam, sobresahindo de entre outros menos significativos, mas onde se nota a mesma orientação.

E seria justo salientar o renhido combate, que em prol da egualdade dos Estados soberanos, sustentou o Sr. RUY BARBOSA, nosso embaixador em Haya.

Em doutrina, todos acceitam essa these; mas, na pratica, oppõem-lhe tantas restricções, que acabam por annullal-a. O nosso embaixador não somente a reaffirmou com grande eloquencia, como nessa attitude se fez o echo do sentimento americano, pois, na America, todos os Estados, grandes e pequenos, têm os mesmos direitos e se acham cercados de egual respeito.

III

Para cumprimento da missão da America, em face do conflicto mundial, FIGUEIRA DE ALMEIDA apresenta um programma, que, no meu sentir, constitue uma synthese da reorganização politica do mundo após a guerra.

São doze proposições, que attendem a interesses capitaes do mundo, no momento historico actual, e propõem soluções, sobre algumas das quaes podemos ter opinião divergente; mas a nenhuma dellas seria licito recusar a solida base da equidade.

São ellas: a legitimidade das indemnizações dos prejuizos causados pelo belligerantes; a restauração da Belgica; a neutralização politica da Alsacia e Lorena, da Finlandia, da Saboya, do Tyrol, da Illyria; a independencia da Polonia, do Egypto e da China; o abandono das colonias não nacionalizadas e a autonomia das nacionalizadas; a revisão do systema balkanico; a reducção dos exercitos, como encaminhamento para o regimen pacifico-indus-

trial; e o arbitramento obrigatorio para a solução dos litigios internacionaes. Sem duvida nenhuma, são questões que a humanidade terá de resolver, sem delongas, para reconstituir a sua vida internacional, ao terminar a guerra. Infelizmente, porém, não ha nos espiritos a necessaria isenção para acceitar os dictames serenos da justiça.

A atmosphera da guerra é por demais aquecida e nublada para permittir uma visão clara e segura.

Fóra da guerra, não ha uma autoridade espiritual, que possa ser ouvida pelos contendores, como orgão genuino da humanidade, falando, com isenção em nome dos grandes ideaes humanos. A tentativa do Papa resultou falha porque a unidade do mundo civilizado não tem mais por base a religião, e, sim, um conjuncto de ideaes geraes, que exprimem as condições da vida social no momento presente. Além disso, o Summo Pontifice não soube elevar-se a uma altura tão grande, que não visse os contendores em refrega, e sim, unicamente, a humanidade angustiada. Por isso, os alliados não receberam com aberta sympathia a sua piedosa iniciativa.

São os proprios belligerantes que hão de resolver os problemas sobre os quaes repousará a paz futura. E a America unida, que entrou na guerra por uma questão de principios ou por uma necessidade de defeza, para combater a injustiça é a deshumanidade; que não pretende vantagens de qualquer natureza além das que provêm da segurança do direito e da liberdade; a quem a distancia do theatro

da guerra dá uma perspectiva mais completa dos acontecimentos; deve aproveitar essa privilegiada situação para influir no Congresso da paz, no sentido das deliberações mais justas e mais conformes ao destino superior da humanidade; no sentido de que a reconstrucção do mundo social se opere por uma sábia combinação da justiça e da liberdade.

De entre os graves problemas capitulados no programma de FIGUEIRA DE ALMEIDA, destaco dous, que, por seu caracter permanente, sobrelevam aos outros em significação politica: a reducção das forças militares, e o arbitramento obrigatorio.

Os acontecimentos conduzem-nos, necessariamente a reduzir o apparelho militar á sua funcção meramente defensiva dos interesses nacionaes; porque é préciso diminuir, o mais possivel, as probabilidades da guerra no futuro, e os grandes exercitos, como as grandes marinhas de combate, criam condições favoraveis á guerra, arrastam, fatalmente, os povos as explosões bellicas.

Foi esse um dos factores do formidavel conflicto, que está devastando a Europa. Além disso, a dolorosa experiencia actual convencerá a humanidade de que mais util lhe será applicar energias na producção de valores economicos, artisticos, scientificos e litterarios, do que em elementos de aggressão e destruição. Não somente o homem será melhor, do ponto de vista moral, quando se consagrar, exclusivamente, ao trabalho, como o direito será mais forte, pela aureola de respeito, que o ha de cercar.

As desintelligencias rarearão, sem desapparecer. Os meios elucidativos, os inqueritos, as intervenções conciliadoras tentarão illudil-as. E as que resistirem a esses meios eliminatorios, serão submettidas ao arbitramento.

O instituto do arbitramento, porém, necessita de ser organizado de modo a ser mais efficaz do que tem sido até hoje. Até agora, apenas, foi ensaiado, e a experiencia já demonstrou as deficiencias do apparélho.

Tres requisitos são indispensaveis, para que funccione o instituto de modo efficaz: deve ser obrigatorio; deve applicar-se a todas as questões, que surjam entre Estados, exceptuadas, naturalmente, as que disserem respeito á ordem constitucional interna; e a execução da sentença arbitral deve ser assegurada.

a) O arbitramento era naturalmente voluntario na sua phase de experiencia. Mas para que seja um apparelho juridico, exercendo, na sociedade dos Estados, a mesma funcção do poder judiciario, nas organisações politicas nacionaes, não pode ficar entregue á boa vontade dos interessados. Cumpre que o Estado convidado para comparecer perante o arbitro escolhido ou perante os juizes, não se possa recusar.

O Estado resiste á pressão publica internacional, porque a opinião publica interna o impelle a essa resistencia? A sociedade dos Estados deve usar de um meio coercitivo: a ruptura das relações diplomaticas.

Se, ainda assim, nada conseguir, decretará o isolamento commercial. O Estado recalcitante ficará, por essas medidas, fóra da com-

munhão internacional, fóra da vida juridica externa.

Quando o Estado não somente recusar o arbitramento, mas abusar da sua força, commettentendo violencias contra o Estado mais fraco, será indispensavel, que a politica internacional o contenha ou reprima.

b) Exceptuam-se do arbitramento as questões de ordem constitucional interna.

E' um residuo irreductivel, aliás diminuido pela melhor organização da politica interna e da vida internacional, como pelos meios conciliatorios. Mas a organização interna de cada povo deve ser respeitada por todos os outros, e uma das condições desse respeito é não submettel-a á autoridades estranhas.

c) A execução das sentenças arbitraes entre Estados não pode ser confiada, somente, á boa vontade do vencido, e á pressão da opinião publica internacional.

Os meios recommendados para forçar o Estado a se submetter ao julgamento, podem convir para obrigal-o a cumprir a sentença —(6).

IV

As suggestões contidas no programma de FIGUEIRA DE ALMEIDA não esgotam a tarefa, a que se vae entregar o mundo, para reer-

(6) Estas questões foram tambem incidentemente ventiladas por *Figueira de Almeida*.

guer das ruinas o grandioso edificio da civilização, que a guerra fez desabar. Labor pesado será o da reconstrucção economica, moral e politica de alguns povos.

A reconstrucção politica ha de ser, naturalmente, no sentido liberal. Tudo faz crer que a democratização do mundo será um dos resultados desta guerra formidavel.

Essa empreza caberá, naturalmente, a cada povo.

Será, porém, necessaria a cooperação de todos para a remodelação do direito internacional, que a guerra inutilizou.

As bases dessa remodelação são, necessariamente, as idéas liberaes ja definitivamente adquiridas antes do cataclisma que as desmantelou. Mas o espirito que a deve dirigir ha de ser differente do que prevaleceu nas Conferencias de Haya em 1889 e 1907.

Nessas conferencias, o que se procurou fazer foi disciplinar a guerra, contel-a dentro de limites, que na primeira opportunidade se abateram. Emmaranhada em compromissos e concessões ao militarismo, essa codificação do direito da guerra vale, somente, pela generosidade de muitas das soluções propostas.

A futura codificação do direito internacional deve ter em vista organizar a paz, defender a liberdade, assegurar o direito, e difficultar quanto possivel, a guerra. E' um emprehendimento vasto, que se não poderá conseguir sem alguma delonga. Mas convem enfrental-o com animo resoluto.

Estes pensamentos de paz e de justiça ficaram-me a revoar pela mente depois da lei-

tura dos ensaios de FIGUEIRA DE ALMEIDA, porque nelles vibram com força, e resaltam luminosos os nobres intuitos de alcançar o estado de paz, como expressão da ordem juridica universal, isto é, interna e externa. E estou persuadido de que essas ideas generosas e puras, a que o moço pensador consagrou as energias de sua intelligencia primorosa e de seu coração bem formado, hão de vingar.

Clovis Bevilaqua.

O ensino do Direito no Chile e na Argentina

Em recente viagem feita ás republicas do Chile e Argentina, infelizmente em periodo de ferias escolares nesses paizes, de modo que me não foi possivel assistir a lições professadas nas Faculdades de Direito de Santiago e Buenus Ayres, entendi do meu dever, como professor cathedratico de uma Faculdade Juridica official em nosso paiz, estudar a organisação do ensino do direito nelles vigorando. Não foi difficil o meu desideratum, facilitado em Santiago pela bôa vontade e gentileza do Snr. Dr. Juan Monteiro, secretario da Faculadde de Direito e ao mesmo tempo professor de Direito Romano na mesma, o qual me forneceu todas as informações de que precisava; e em Buenus Ayres, não somente pelo secretario e bibliothecario da respectiva Faculdade, como tambem, e principalmente, pelo egregio professor Snr. Dr. Adolfo Orma, Decano, ou, como aqui di-

zemos director da *Facultad de Derecho y ciencias sociales.*

A minha impressão pessoal a respeito das organisações de que passo a dar noticia foi bem diversa em um e outro paiz: admirou-me e encantou-me a forte, sadia e sabia organisação argentina, não obstante os defeitos que notei quanto a maneira de escolher os professores cathedraticos, defeitos que a pratica tem corrigido, (referindo-me sómente ás universidades federaes, pois me não sobrou tempo para estudar as organisações das provinciaes) ao passo que me pareceu bastante defeituosa e muito aquem de nossa epocha a organisação chilena.

Não é meu intuito fazer um estudo meticuloso sobre as disposições organicas do ensino juridico nesses paizes; menos ainda comparal-as entre si, ou com a nossa legislação a respeito.

Limitar-me-hei a dar em traços geraes as alludidas organisações, que, ficando assim conhecidas, poderão por outros ser estudadas, commentadas e criticadas.

No Chile existem duas universidades: uma official, creada e mantida pelo Estado, e outra, com a denominação —"Universidade Catholica" —completamente livre.

Esta Universidade Catholica, como qualquer instituição particular, póde ensinar livremente qualquer curso e livremente outorgar diplomas, á vontade; mas taes diplomas não têem caracter nem valor official algum.

Desta maneira não nos interessa cousa alguma o estudo de sua organisação, pelo que es-

tudarei somente o organismo da Universidade de Santiago, official.

Os estatutos desta Universidade são a lei de 9 de Janeiro de 1879, sobre a instrucção secundaria e superior, e, segundo a mesma lei, ha no Chile uma Universidade official unica, a qual estão subordinados todos os institutos officiaes de ensino superior ou secundario.

Deixando de lado as Faculdades de Medicina e Engenharia, ennumero as *Faculdades de Leys*. São somente tres: 1.ª —a de Santiago, 2.ª— a de Concepcion e 3.ª —a de Valparaizo, mas estas duas têm a cathegoria de escolas e não de Faculdades, fazendo os seus professores parte do Conselho, ou congregação d'aquella, e não congregações autonomas. Mas o Chile é um paiz catholico, por excellencia; ou pelo menos parece e quer parecer tal, pois me informaram lá que o seu ultramontanismo religioso é mais fingido que real, tendo desapparecido quasi por completo a fé profunda que caracterisava o povo Chileno, como verdadeiro reberto e successor dos compatriotas de Loyolla e Torquemada.

Todavia, si ha fingimento religioso, a simulação é completa, e, si não ha, mesmo em religião o Chile me parece atrazado um seculo.

Em Santiago, e mesmo em Valparaizo, mais cosmopolita, habitada por innumeros estrangeiros, uma senhora não poderá entrar e demorar-se na Igreja... de chapéo, sendo convidada a retirar-se immediatamente por não estar decente e convenientemente vestida; para assim estar, deverá apresentar-se com

longo e espesso véo sobre a cabêça, tendo encoberta a maior parte do rosto.

Assim se comprehende bem porque onde quer que o Estado installe uma escola superior a "Universidade Catholica" installa uma congenere, que lhe faça concurrencia, como faz, muito embora a falta de valor official de seus diplomas; assim se comprehende porque tambem em Concepcion e Valparaizo, como em Santiago, existem Faculdades de Direito, dependentes da Universidade Catholica de Santiago.

Apreciando mais de perto a organisação da Faculdade de Leys (ou de Direito) e deixando a parte referente ao corpo de empregados, estudarei somente o systema de formação do corpo de professores, a escolha do director, as condições de matricula dos estudantes, a divisão do curso e os exames.

Existem duas classes de professores:

a) os titulares, denominação equivalente a nossa de cathedraticos.

b) os extraordinarios.

Em ambas as classes a nomeação é feita por Decreto do Presidente da Republica, mas bem diversos são os direitos dos professores de cada uma d'ellas, sendo aquelles muito parcamente remunerados ou pagos pelo Thezouro e estes obrigados a servir gratuitamente, formando assim uma classe equivalente a dos nossos actuaes livre-docentes e não a dos nossos substitutos.

A nomeação do professor titular pelo Presidente da Republica é feita, escolhendo

este em uma lista triplice apresentada pelo Conselho da Faculdade de Direito e approvada pelo Conselho Universitario, lista esta formada ou escolhida por meio de concurso ou de simples designação, dispensado aquelle quando é notoria a competencia do candidato. Quanto ao concurso, para o qual se abrem inscripções por editaes, consiste somente em um exame, por uma commissão da Faculdade, perante o Conselho da mesma.

A este podem concorrer não somente professores extraordinarios como quasquer outras pessôas diplomadas por Faculdade official, sem qualquer direito de preferencia em favor d'aqulles professores.

Actualmente existem apenas tres professores extraordinarios na Faculdade de Santiago, o cargo não sendo muito ambicionado; e nenhum existe nas de Concepcion e Valparaizo.

Não ha propriamente um director das Faculdades, estando estas sujeitas a direcção do Reitor da Universidade, que é em cada Faculdade auxiliado pelo respectivo decano.

Quanto a nomeação do Reitor, ella é feita por quatro annos, podendo recahir em um professor de qualquer das Faculdades ou em pessôa extranha aos corpos docentes das mesmas, e compete ao Presidente da Republica que escolhe um nome em uma lista triplice formada por maioria dos votos de todas as faculdades reunidas em conselho.

Para a matricula em uma Faculdade de Leys (ou de Direito) deve o candidato ser Bacharel em Humanidades, com titulo concedido

pela Faculdade de Humanidades, da Universidade de Santiago.

O curso de Humanidades é destribuido em cinco annos preliminares e mais tres annos de preparatorios, todos elles meticulosa e complicadamente regulamentados até por numero de horas de estudo, e terminado este curso póde o preopinante matricular-se sem mais quaesquer provas, quer nas Faculdades de Leys, quer nas de Medicina; para a Faculdade de Mathematicas se exige mais um curso previo e especial.

O ensino das materias de direito é feito em 17 cadeiras, destribuidas por cinco annos, pela maneira seguinte:

1.° *anno* — 1.ª Philosophia do Direito Romano em seu desenvolvimento historico.
2.ª Economia Politica.

2.° *anno* — 1.ª Historia Geral do Direito.
2.ª Direito Civil (1.ª parte).
3.ª Direito Constitucional.

3.° *anno* — 1.ª Direito Civil (2.ª parte).
2.ª Direito Internacional.
3.ª Direito e Economia Social.
4.ª Direito Penal.

4.° *anno* — 1.ª Direito Civil (3.ª parte).
3.ª Direito Commercial.
3.ª Direito processual (1.ª parte).

5.º *anno* — 1.ª Direito processual (2.ª parte).
2.ª Direito administrativo.
3.ª Fazenda publica (Um semestre).
4.ª Direito de minas (Um semestre).
Medicina legal (Um semestre).

Os exames são feitos annualmente e no fim de cada anno lectivo perante as commissões examinadoras eleitas pelo Conselho da Faculdade.

Terminado o terceiro anno do curso e tendo sido approvado, submette-se o alumno a um novo exame escripto e oral, apresentando uma memoria impressa, a guiza de these. Este exame é feito perante uma commissão de cinco membros, eleita pelo Conselho, e, sendo approvado, recebe o candidato o titulo de Bacharel em Leys, com o qual póde então se matricular no quarto anno do curso.

Findo o quinto anno, e tendo sido approvado, tem que apresentar uma nova memoria e de ser examinado por uma commissão semelhante a do exame para o Bacharelado, mas de sete membros em vez de cinco; sendo approvado, recebe o titulo de *licenciado*.

Mas, estes graus de *Bacharel em Leys* e de *licenciado* não dão ao titulado faculdade alguma para advogar ou ser nomeado para a magistratura letrada; servem somente, o primeiro para que tenha o candidato ingresso no

quarto anno, como se viu, e o segundo para com elle requerer e obter da Côrte Suprema, o titulo de advogado (abogado, em lingua castelhana).

Para isto, com o requerimento a dita côrte, o candidato apresentará, além de seu titulo de licenciado, uma informação de bôa conducta e a prova de ter mais de vinte annos de edade, submettendo-se em seguida, ante a mesma Côrte Suprema a um exame sobre as materias de Direito em geral; approvado que seja, recebe então o titulo de advogado, que o habilita não somente ao exercicio da advocacia, como a poder ser nomeado para qualquer cargo da magistratura.

Pareceria que uma organisação tão exigente em materia de provas, e ao mesmo tempo tão complicada, daria um resultado maravilhoso; assim porém me não parece succeder. A defeituosa e incomprehensivel divisão das materias do curso; a incrongruente e insufficiente extensão do estudo de algumas materias, como do direito penal e do commercial, entre outras, influem, de certo, para que se não tire resultados favoraveis, situação facil de comprehender, quanto se verifica e conhece a pobreza ou quasi inexistencia de uma littratura juridica nacional. Depois de Andrés Bello, muito pouco tem sido estudado o Direito, no Chile; somente agora parece que um renovamento se quer effectuar, campanha que tem á frente alguns espiritos de elite, entre os quaes avulta o de um verdadeiro jurisconsulto, Alexandre Alvarez, a quem, infelizmente, por estar então ausente do paiz, não pude conhecer.

Passo agora a dar noticia do que pude estudar e apreciar na bella capital platina, a grandiosa e magnifica cidade de Buenus Ayres, a respeito do ensino do Direito no grande paiz, que é nosso visinho —a Republica Argentina.

A forma do governo adoptada no portentoso paiz dos pampas, a qual se diz confederativa, mas de certo especialissima, pois tem muito tanto do systema unitario, como do parlamentar, de onde os factos muito communs da intervenção federal nas provincias ou da dissolução do parlamento, ao mesmo tempo que debaixo de outros pontos de vista uma excessiva liberdade deixada ás provincias confederadas, permitte as mais diversas organisações provinciaes do ensino, coexistindo com a federal.

Como já fiz notar acima, somente esta organisação federal pude apreciar, tal a escassez do tempo de que dispunha; somente a ella, portanto, é que me refiro.

Os ultimos estatutos da Universidade de Buenus Ayres, de que são semelhantes os das de Cordoba e La Plata foram approvados pelo Decreto de 29 de Agosto de 1906, tendo sido o resultado das reformas das organisações de 1885 e 1895, d'onde se vê que ellas tiveram logar de decennio em decennio.

Em Argentina ha uma bem estendida autonomia das congregações das diversas faculdades sujeitas a Universidade.

Estas faculdades reunidas formam a Universidade com o seu Conselho Superior; mas

cada uma d'ellas tem o seu Conselho ou Congregação, que livre e autonomamente resolve sobre todos os assumptos relativos ao ensino em cada uma d'ellas, como sejam: creação ou extincção ou desdobramento de cadeiras, orçamentos das despezas etc. O governo nada tem a ver com estas cousas propriamente didacticas ou que digam respeito a extensão do orçamento das despezas, limitando a sua acção, neste particular, a subvencionar á Universidade, o que faz fortemente, sem se preoccupar com economias e tendo como principal intuito educar o povo.

Em Argentina gastam-se milhões ensinando o povo a ler; os governos têm comprehendido que é isto o principal a fazer para o progresso do paiz.

Mas, encaremos o ensino do direito como é organisado na *Facultad de Derecho y ciencias sociales* de Buenus Ayres:

Ha duas cathegorias de professores —os titulares e os supplentes. Os titulares, denominação equivalente a dos nossos cathedraticos, são nomeados pelo Presidente da Republica, escolhendo-os em listas triplices organisadas pelo Conselho da Faculdade e approvadas pelo Conselho Superior.

Estas listas são organisadas pelo Conselho da Faculdade, livremente, sem concurso ou qualquer outro meio de escolha senão o voto livre de seus membros.

Quasi sempre, porem, o primeiro classificado é um dos supplentes do professor cuja

cadeira está vaga, e quasi sempre tambem é nomeado o mesmo.

Pelo menos nestes quinze ultimos annos não succedeu o contrario, ficando, na pratica, eliminado o inconveniente da liberdade excessiva que a lei estabelece para ser feita a escolha dos nomes para a lista triplice.

Estes professores titulares são pagos pelas rendas da Faculdade e cada um d'elles tem dous supplentes, os quaes são pagos somente quando em exercicio da cadeira.

Estes supplentes, ao contrario do que se dá em Chile quanto aos professores extraordinarios, não são nomeados pelo Presidente da Republica, mas sim pelo Conselho da Faculdade por quatro annos, mediante concurso, entre doutores em direito, que se inscrevam para o mesmo. Consiste este concurso em fazerem os candidatos uma conferencia, sobre assumpto de sua escolha, entre as materias approvadas pela Faculdade, perante uma commissão eleita pelo Conselho, a qual dará o seu parecer sobre o valor dos candidatos, votando o Conselho por dous terços de votos qual d'elles deverá ser escolhido supplente. Terminado o primeiro quatrienio, poderão ser confirmados pelo Conselho; no caso de não haver confirmação abre-se novo concurso para o cargo vago.

Estipendiados somente quando exercem o cargo de seu titular, são todavia, os supplentes obrigados, cada um, a dar doze conferencias annuaes.

Para se matricular na Faculdade de Direito precisa o alumno ter o seu curso de Hu-

manidades e sujeitar-se a um exame de ingresso ou admissão de:

Francez, ou Inglez ou Allemão, á opção do candidato; e

Historia,

matriculando-se no primeiro anno, depois de approvado em dito exame de ingresso.

Antes da actual organisação, o curso de direito se fazia em seis annos, que se compunham do curso geral de todas as materias e de mais diversos cursos intensivos, em numero de oito, sobre as materias mais importantes.

O professor titular, organisava o programma completo de todos os assumptos a serem estudados em uma materia ou cadeira, menos um, que destinava ao curso intensivo, escolhendo em seguida dar o curso geral e deixar o intensivo para o seu supplente, (havia n'aquelle tempo somente um supplente para cada professor, numero elevado a dous em ... 1915), ou tomava o intensivo e deixava o geral para o supplente.

Findos os seis annos, apresentava o candidato approvado em todos elles, uma dissertação impressa, e, sendo approvado conferia-se-lhe o titulo de doutor em direito.

Esta organisação desappareceu em 1915 para dar logar a uma outra a que se estão adaptando os alumnos já matriculados antes de 1915. Por esta nova organisação se eliminou o inconveniente do excesso de despezas que accarretavam os cursos intensivos. Por ella o curso se dividiu em dous —o de *abogado* simplesmente e o do *doctorado*.

O primeiro d'elles é dividido em cinco annos, com a seguinte destribuição de materias:

Primeiro anno: —

I Introducção ás Sciencias Juridicas e sociaes
II Direito Romano (1.ª parte)
III Direito Internacional Publico
IV Economia Politica.

Segundo anno:

I Direito Romano (2.ª parte)
II Direito Civil (1.ª parte)
III Direito Penal
IV Finanças

Terceiro anno:

I Direito Civil (2.ª parte)
II Direito Commercial (1.° e 2.° livros com exclusão de effeitos de commercio.)
III Legislação Industrial (Minas, Rural e Fabril)
IV Direito Constitucional

Quarto anno:

I Direito Civil (3.ª parte)
II Direito Commercial (Effeitos de commercio e fallencias)
III Direito Processual (Organisação e processo Civil de Justiça Nacional)
IV Direito Administrativo.

Quinto anno:

I Direito Civil (4.ª parte)

II Direito Processual (Organisação e processos da Justiça criminal incluindo a justiça militar.)
III Direito Internacional Privado.
IV Philosophia das Sciencias Juridicas e Sociaes.
V Direito Maritimo e Legislação Aduaneira.)

Como se vê, o curso é extenso e soberbamente classificado; terminando o mesmo é expedido o diploma de advogado, que habilita o seu titular ao exercicio da advogacia e da magistratura. Mas tendo sido eliminado o curso intensivo do regimen anterior foi creado o curso de doctorado, que se faz em dous annos, com a divisão e classificação de materias seguintes:

Primeiro anno:

I Sociologia.
II Direito Civil (aprofundado)
III Politica Economica (Economia Commercial, Agraria, Industrial e Monetaria Argentina).
IV Historia das Instituições Judiciaes, (Especialmente Argentinas).

Segundo anno:

I Jurisprudencia Constitucional Comparada.

II Direito Internacional Privado (aprofundado).
III Economia e Legislações Sociaes.

Terminado este curso de dous annos, os candidatos ao doctorado defenderão suas theses e, sendo approvados, receberão então o seu diploma.

As aulas dos cursos, quer de *abogado,* quer de *doctorado,* têm logar tres vezes por semana, professadas pelos titulares e em suas faltas pelos supplentes, que poderão manter cursos de suas secções, obtendo permissão previa do Conselho.

Os exames são feitos cada anno, havendo duas epochas de exames, Novembro e Março, podendo os alumnos que terminarem um anno em Dezembro fazer o anno seguinte na segunda epocha. E' um systema por cuja revogação as Faculdades se tem batido, não tendo podido eliminal-o em seus regulamentos pelo motivo de permittil-o a lei ou Estatutos da Universidade.

Uma disposição existe ainda no regulamento da *Facultad de Derecho* que quero notar e é a seguinte: os professores da mesma materia não se revesam. Assim, sendo quatro os professores de direito Civil, por exemplo, cada um d'elles leciona sempre a mesma parte da materia, não passando para o anno seguinte, como entre nós; o mesmo succede em direito commercial, penal, processual etc.

Ha, no pensar dos professores argentinos, um só inconveniente no systema e é mudar, ás

vezes, com o professor o methodo do ensino; mas esse inconveniente, dizem elles, é de sobra compensado pela conveniencia resultante do maior aprofundamento que o professor, ensinando sempre a mesma materia, vae dando aos seus estudos e lições, com real aproveitamento para as letras juridicas em geral.

Para terminar, salientarei que a Facultad de Derecho de Buenus Ayres, tem uma magnifica bibliotheca de cerca de 40.000 volumes cujo catalogo ora se organisa, e na qual tive o prazer de encontrar todas as mais importantes obras de direito publicadas no Brazil, desde Teixeira de Freitas até Ruy Barbosa, Clovis Bevilacqua, Pedro Lessa etc.

A Faculdade está actualmente installada num predio de capacidade muito inferior a sua importancia e a frequencia annual de mais de 1.000 alumnos; além disto, velho, archaico, sem a menor condição que o tornasse proprio ao fim. Mas, já se está construindo um palacio magnifico para nelle ser installada a Faculdade. Pelas plantas e pelo adiantado das obras, que verifiquei, apezar de estarem temporariamente paralysadas, por motivo da guerra, será um verdadeiro monumento, como tantos outros ha na capital argentina, digno sob todos os pontos de vista, de ser occupado pela sabia instituição, que o mesmo vae occupar.

Recife, Abril, 1917.

Dr. Joaquim I. de A. Amazonas.

O Codigo Civil Brazileiro [1]

(Traducção do hespanhol pelo Dr. Joaquim Pimenta.)

O 1.° de Janeiro de 1917 será uma data auspiciosa para a historia juridica americana; nesse dia começará a vigorar nos Estados Unidos do Brasil o Codigo Civil que a si mesma acaba de ditar essa grande nação.

Este Codigo é como a expressão do vehemente desejo, que se sente nas nações americanas, de reforma e revisão de suas leis para adaptal-as ás novas tendencias da vida juridica concretizadas na Europa pela sancção dos celebres codigos da Suissa e da Allemanha.

Toda a America segue com vivo interesse estas transformações. A republica de Cuba, por intermedio do *Colegio de Abogados*, marcou para dezembro proximo a reunião de um

---

(1) Conferencia realizada em 25 de Agosto de 1916 na Universidade de Cordoba, sob os auspicios do *Centro Estudiantes de Derecho*, pelo illustre sociologo e jurista argentino, professor Enrique Martinez Paz.

congresso juridico, no qual serão discutidos cincoenta e oito themas, já propostos, que resumem todas as questões mais arduas abordadas pela vida juridica moderna. (2)

O Chile, por sua vez, cogita de modernizar o velho codigo de Bello, e neste sentido o sr. Senador por Aconcagua, Luis Claro Solar, apresentou ha pouco um extenso projecto que comprehende egualmente a revisão de todas as materias fundamentaes do direito privado. (3)

O Uruguay, paiz progressista por excellencia offerece-nos, na edição de seu Codigo Civil, de 1914, dirigida pelo professor dr. Serapio del Castillo, tantas reformas que já se pode falar a seu respeito de uma nova legislação; e finalmente o Peru', para não me referir senão áquelles paizes cujo pensamento e vida nos são mais familiares, reclama desde largo tempo a revisão de suas leis civis. (4)

O Brasil, até o presente, não gosa dos beneficios de um codigo nacional; regia-se por leis dispersas, confusas e até de valor discutivel, contidas na velha legislação portugueza e em uma ou outra lei nacional, entre as quaes merecem especial menção a relativa ao systema Torrens, a lei hypothecaria (1864) e a que estabelece a ordem das successões.

Este facto apparece inexplicavel. Duran-

---

(2) Cuba contemporanea, julho de 1916, O. Garcia de Cantes: *La reforma del Codigo Civil*, pag. 272.

(3) *Revista del Derecho e Ciencias Sociales*—janeiro-fevereiro de 1916, pag. 150,

(4) *Reviste de la Universidade de Lima*.

te o seculo XIX, até as nações mais humildes chegaram á codificação de suas leis civis, ao extremo que pode ser a codificação o traço mais saliente da vida juridica dos ultimos tempos. Apesar disso, o Brasil, que instruiu a America com os seus grandes jurisconsultos; que collaborou com elles na redacção dos codigos americanos; que demonstrou, desde 1824, com a Constituição do Imperio, desde 1891, com a Constituição federal vigente, um pleno dominio das questões de direito publico; que com o seu famoso codigo criminal de 1830, de processo de 1832 e o seu Codigo penal de 1890 conquistou uma posição distincta no campo juridico, posição que consolidou com o seu Codigo commercial de 1850 e o seu Regulamento, que, no dizer dos entendidos, é uma verdadeira joia legislativa, não tinha podido, até o presente, sanccionar um Codigo Civil.

E' um phenomeno curioso e interessante, cuja explicação é preciso buscar nas particularidades de sua vida intellectual. Nos institutos de ensino do Brasil predominou, até os ultimos tempos, esse espirito que poderiamos denominar classico, cujo traço distinctivo em materia juridica é a adoração inconsciente pelos principios do direito romano, que faz que seja elle considerado uma obra definitiva e perfeita, escapando á analyse e á critica humanas; a vida juridica official desenvolve-se assim entre o acervo das ficções e das subtilezas romanas, que chegam a crear no espirito do jurista um ambiente ficticio que o leva a desconhecer e a olvidar o verdadeiro ambi-

ente das exigencias e necessidades sociaes. A philosophia contribuiu tambem, no Brasil, para accentuar este divorcio entre a sciencia e a vida juridica nacional; os professores brazileiros na sua maioria, partidarios do ecletismo philosophico de Cousin, só puderam recolher desta esteril philosophia as suggestões oratorias e as superficialidades do mestre; por ahi se explica que as reformas da legislação não tenham emanado da sciencia juridica official, mas da evolução provocada por pensadores independentes que realizaram, graças aos seus esforços, uma transformação do meio juridico do Brasil.

Referindo-me a esta transformação, penso resumir a sua historia recordando o nome e as obras de tres notaveis juristas: Teixeira de Freitas, Tobias Barreto e Clovis Bevilaqua.

O primeiro é um auto-didactor; começou a sua carreira litteraria com a pobre bagagem cultural que lhe offereceram as academias de seu tempo, sem vistas syntheticas sobre a realidade, nem da natureza, nem da existencia social; em uma palavra, sem uma philosophia superior, viu-se obrigado de repente a refazer a sua personalidade intellectual, pelo estudo e a meditação.

Nesta obra enorme, faltaram-lhe as forças physicas e o Brasil viu dolorosamente que as sombras envolviam a mente de seu filho predilecto. A obra de T. de Freitas não pôde assim chegar ao seu fim, mas deixou elle, para honra de sua patria, dois livros admiraveis: sua *Introducção á consolidação das leis civis*

(1857) e o seu *Projecto de Codigo Civil* que serviram de fonte de inspiração ao sabio codificador argentino. O pensamento fundamental de T. de Freitas poderia synthetizar-se em sua admiravel distincção entre os direitos absolutos e relativos, que na legislação civil se transformam nos direitos reaes e pessoaes; distincção que serviu de base a seu methodo e ao seu systhema juridico e inspirou o methodo do nosso Codigo.

Não obstante os notorios progressos que representava, esta nova concepção juridica, que vinha dar por terra com a imperfeita divisão das leis romanas, em pessoas, cousas e acções, não bastava por si mesma para produzir a almejada transformação da vida juridica; esta distincção não abrangia todo o campo juridico e era, além disso, saturada de metaphysica; porém como as realidades sociaes exigiam soluções praticas e não desquisições abstractas e ideaes, não conseguiu por si só produzir uma verdadeira mudança.

Coube a honra de dar o primeiro passo neste sentido á mente profunda e inspirada de Tobias Barreto, philosopho, critico, jurista e poeta de alto vôo. Sua *Nova concepção do Direito,* publicada em 1882, inspirada nos mesmos principios seguidos por Ihering, o jurista eminente, marca para o Brasil a primeira phase de uma nova existencia juridica. Tobias proclama valentemente que saber Direito não é recitar de memoria titulos do *Corpus Juris* ou repetir alguns capitulos de Ahrens; que o Direito é uma sciencia de seres vivos, concluindo

por acceitar esta definição que resume bem o seu pensamento progressista: "o Direito é o conjuncto de condições existenciaes da sociedade, coactivamente asseguradas". Tobias foi, entretanto, victima de um prejuizo que limitou o campo de sua visão: não chegou a conceber o Direito dentro da sociedade, ou antes, não apprehendeu o verdadeiro conceito da sociedade, nem pôde receber as suas aspirações. Em seus *Estudos Allemães* negou resolutamente a existencia da sciencia sociologica.

A Clovis Bevilaqua, jurista e philosopho, cabe a honra de haver apresentado uma concepção integra e synthetica da vida juridica, promissora de uma obra completa e definitiva. O eminente professor de Legislação Comparada da Faculdade do Recife concretizou em 1894, o que elle chama com propriedade "A formula da evolução do Direito concebido como creação humana" que pode resumir-se assim: progressão crescente dos direitos attribuidos a cada pessôa, progressão crescente do numero das pessoas ás quaes correspondem os direitos, progressão crescente da segurança desses mesmos direitos.

O pensamento do professor Clovis Bevilaqua condensou-se, como a ultima etapa da evolução juridica, no codigo civil brasileiro, de cuja redacção foi encarregado em 1894, quando tinha apenas 39 annos de edade.

Nesta resenha não seria justo esquecer os nomes de Nabuco de Araujo, Felicio dos Santos e Coelho Rodrigues que tentaram em diversas epochas a codificação das leis civis. O

primeiro foi encarregado, em 1872, da redacção do Codigo Civil, porém a morte o surprehendeu nesse trabalho, em plena elaboração. O segundo offereceu ao governo Imperial, em 1887, seus apontamentos para o Codigo civil brasileiro, trabalho de alto merito, que serviu de base á redacção de um projecto do Codigo Civil que se compunha de 2692 artigos, e que, não obstante sua bôa doutrina, não foi sanccionado, talvez por lhe faltar methodo, defeito que geralmente lhe é imputado. O terceiro apresentou em 1893 um importante projecto de Codigo contendo 2742 artigos, que deu motivo ás mais vivas discussões das quaes participou o seu autor com brilhantismo e energia. Era esse projecto accusado de desprezar as tradições juridicas do paiz, para seguir as inspirações da sciencia européa. Este modo de pensar explica porque não foi convertido em lei.

I

O projecto redigido pelo professor Clovis Bevilaqua foi apresentado ao Poder Executivo, que o submetteu a juizo de uma commissão especial; foi enviado á Camara dos Deputados, que ordenou sua impressão afim de que, distribuido entre os juristas, tribunaes e associações scientificas, pudesse ser conhecido e estudado no paiz. A Camara habilitou-se, com os mais amplos processos para o seu estudo e nomeou uma commissão de vinte e um membros —a commissão dos vinte e um, como era

chamada—que lhe consagrou attenciosa analyse, do que informa o extenso parecer escripto pelo relator Sylvio Romero. Sanccionado na Camara, depois de ter esta ouvido a opinião de numerosissimos juristas, que lhe levaram a sua opinião e observações, passou ao Senado que o submetteu a uma numerosa commissão, em que se destacava o eminente senador Ruy Barbosa, cujo parecer comprehende uma expurgação minuciosa, artigo por artigo, das disposições do Codigo.

O senador Ruy Barbosa, mestre de sciencia juridica e admiravel possuidor dos segredos e harmonias da doce lingua de Camões, quiz fazer o Codigo não só um monumento juridico, mas tambem um modelo de exactidão e de precisão logica e grammatical: "As codificações são, segundo se expressa elle, monumentos destinados á vida secular, e só o influxo da arte communica durabilidade á escriptura humana; somente ella marmorisa o papel e transforma a penna em cinzel. Necessario é, portanto, que nessas grandes formações juridicas, a crystalisação legislativa apresente a simplicidade, a limpidez e a transparencia das mais puras formas da linguagem, das expressões mais classicas do pensamento."

O senado submetteu o projecto a tres commissões consecutivas, depois do que passou elle, uma após outra, pelas commissões, da Camara, do Senado e da Camara novamente, até ser convertido em lei, promulgado a 1.° de Janeiro de 1916.

Durante essa longa elaboração decorreram

dezeseis annos; oito commissões officiaes emittiram parecer e aconselharam reformas; todo o Brasil intellectual, juridico, politico, de todos os pontos, contribuiu para a sua sancção, porém o pensamento fundamental conservava ainda o seu caracter primitivo, a sua personalidade e a sua orientação. A nação, como o lapidario, concorrerá a pulir as facetas dessa enorme gemma, obra de suas forças mais elevadas e mais puras.

II

Descendo á analyse particular das disposições creadas ou legisladas pelo Codigo, estudarei o seu methodo, as disposições do direito internacional privado e, successivamente, as pessoas, a familia, direito das cousas, direito das obrigações e direito das successões, tomando estes quatro ultimos capitulos da propria divisão das materias que nos offerece o Codigo.

Um dos grandes problemas na codificação moderna, relaciona-se com o methodo. Não é preciso encarecer a sua importancia; o nosso codificador nos diz que uma das suas mais profundas preoccupações foi encontrar um methodo scientifico, e conclue declarando que a este respeito não faz outra cousa que seguir o proposto pelo sr. T. de Freitas em sua doutissima recopilação das leis civis do Brasil; o novo Codigo distribue, pois, todas as suas materias, segundo as suas grandes divisões a que alludi mais acima, de direitos reaes e

pessoaes. O Codigo do Brasil, em compensação renunciou a esse conceito, que julgou com razão incompleto; para elle, nas relações juridicas, só existem pessoas e bens; um sujeito capaz de exercer por si ou de exigir de outro certa ordem de acções e o objecto sobre o qual estas acções se exercitam, mas que não abrangem todo o campo do Direito; ha, além disso, uma ordem de phenomenos capazes de estabelecer uma relação entre aquelles dois termos elementares: essa ordem de phenomenos constitue o que se chama factos juridicos, de modo que as pessoas, as cousas e os factos juridicas comprehendem as tres partes fundamentaes do Direito Civil.

O codigo brasileiro contém, em sua parte geral, as disposições relativas ás modalidades, caracteres e capacidade juridica das pessoas, e os principios relativos á natureza e ás varias especies de *bens* e o relativo aos factos juridicos, considerados estes sob um ponto de vista abstracto e geral.

Na parte especial trata das disposições de simples mandato, sempre seguindo o methodo que lhe prescreve a parte geral; assim, divide-se em quatro livros: *Direitos da familia*, que corresponde ás pessoas da parte geral; *Direito das cousas* que corresponde aos bens; e *Direito das obrigações e das successões*, que correspondem aos factos juridicos. Não se pode desconhecer o espirito scientifico, preciso e exacto d'este methodo, que apparece como o mais technico e harmonico de todos os codigos conhecidos.

Afim de dar uma idéa mais completa deste methodo, vamos apresentar, no seguinte quadro, as matérias que contém o Codigo brasileiro, ás quaes compararemos mais adiante com as do Codigo Argentino, que resumiremos no segundo quadro.

Codigo Civil Brasileiro

- Parte geral....
  - Pessoas
  - Bens
  - Factos
- Parte especial
  - Direitos de familia.....
    - Casamento
    - Seus effeitos juridicos
    - Regimen dos bens
    - Dissolução da Sociedade
    - Parentesco, Curatela
    - Tutela, Ausencia
  - Direito das cousas.....
    - Posse
    - Propriedade
    - Dos reaes sobre cousas alheias
  - Direito das obrigações
    - Modalidades
    - Effeitos
    - Cessão de creditos
    - Contractos
    - Varias especies de contractos
    - Obrigação por declaração de vontade
    - Concurso de credores
  - Direito das successões
    - Successão legitima
    - Successão testamentaria
    - Inventario e Partilha

Codigo Civil Argentino

- Titulo preliminar.....
  - Das leis
  - Dos intervallos de direito
- Direitos pessoaes.....
  - Das pessoas em geral
  - Dos direitos pessoaes nas relações de familia
    - Regimen de filiação
    - Tutela
    - Curatela
  - Dos direitos pessoaes nas relações civis.....
    - Obrigações
      - Obrigação em geral
      - Extensão
      - Factos e actos
      - Delictos
      - Quasi delictos
      - Contractos
- Direitos reaes
  - Das cousas em geral.....
  - Da posse.....
  - Direitos reaes...
    - Dominio
    - Usufructo
    - Uso
    - Habitação
    - Servidão
    - Hypotheca
    - Penhor
    - Antichresis
- Disposições communs aos direitos reaes e pessoaes.
  - Successão
  - Concurso de credores
  - Prescripção

Conforme se pode observar no quadro precedente, o methodo do nosso Codigo padece de mui graves defeitos. Como elle parte da simples divisão dos direitos reaes e pessoaes, que não abrange a totalidade das relações de direito, tornou-se imprescindivel introduzir entre os direitos pessoaes materias, como os factos

e os actos juridicos e ainda as obrigações que de modo algum correspondem a tal denominação; uma difficuldade mais grave venceu elle relativamente ás successões, á concurrencia de devedores, e á prescripção que não convindo fossem incluidos entre os direitos reaes nem entre os pessoaes, passaram forçosamente á constituir um livro independente, destituido de base scientifica. O Codigo brasileiro removeu essa difficuldade; collocou na parte geral as poucas disposições theoricas e abstractas, que em verdade são precisas, ao passo que o nosso Codigo as repartiu por todos os seus capitulos com tal afan doutrinario, que rara é a instituição que elle não comece por clasisficar e definir, como se tratasse de um livro de doutrina, caindo no serio perigo que importa em tomar a lei um partido nas contendas doutrinarias. A respeito das obrigações, o brasileiro fez com ellas um livro á parte, seguindo o methodo traçado, no que concorda com os codigos suisso e allemão, o primeiro dos quaes tem um Codigo das obrigações á parte e o segundo começa sua parte especial com o livro primeiro das obrigações. Bastam estas simples observações para comprehender as deficiencias do nosso methodo e as vantagens do methodo brasileiro; porém é justo não esquecer que nosso Codigo tem mais de cincoenta annos de existencia (foi apresentado em 1865) e que o seu immediato modelo, o Codigo Francez, é a este respeito um amontoado informe de todas as materias da legislação.

III

Entre as disposições da parte geral do Codigo, merecem especial consideração as relativas ás materias de Direito Internacional Privado (artigo 8.° e seguintes da Introducção). Os juristas brasileiros tomaram a si, como problema fundamental nesta materia, achar a lei que mais se conformasse com a natureza particular dos factos juridicos e, seguindo tal criterio, applicam a cada relação juridica a lei que melhor se ajusta a essa natureza; não se preoccupam, de preferencia, de doutrinas abstractas, como a da communidade de direito, porém comprehendem a necessidade de conciliar as diversas leis nacionaes. A lei é, sem duvida, uma protecção que se dispensa ao individuo para que possa desenvolver as suas faculdades, tal como o exige o grau de cultura de cada povo; este ponto de vista pareceria exigir que todo homem membro de uma civilização determinada, vá a toda parte com a lei da sua propria nacionalidade, porque de outro modo poderia resultar a inconsequencia de que os cidadãos de uma nação culta passaram a outra menos civilizada e ficaram sujeitos a uma lei diversa da sua propria nação, que tenha sido dictada em vista de uma cultura e de um desenvolvimento moral e intellectual diverso. A lei nacional é, segundo estas reflexões, a que melhor se amolda ás experiencias scientificas. O Brasil seguiu estas inspirações; assim, o artigo 8.° dispõe que a lei nacional das pessoas determina a capacidade civil, os direitos de fa-

milia, as relações pessoaes dos conjuges e o regimen dos bens no casamento.

Seguindo os mesmos principios geraes, quando já não se trata da protecção do individuo, mas de garantir a ordem social, a soberania do Estado, não pode permittir a applicação da lei nacional; assim, toda vez que se trata da propriedade, dos modos de adquiril-a, do regimen politico, penal e de processos, a natureza propria da relação juridica exige a applicação da lei territorial.

O artigo 10.° dispõe: que relativamente aos bens, applicar-se-á a lei do logar onde estão elles situados. No que se refere á forma dos actos e aos meios de prova, o principio geral não foi alterado. *Locus regit actum*.

O Codigo Civil Argentino partiu de pontos de vista totalmente distinctos. O codificador deveu, nesta materia, seguir o systema que lhe impunham as necessidades da nação. Nosso paiz era, antes de tudo, de immigração; era preciso crear nelle a nacionalidade, e teria sido attentar contra a nossa propria existencia permittir a introducção, em nosso solo, de tantas leis quantos fossem os individuos de diversas nacionalidades aportados ás nossas plagas.

O codificador procedeu, pois, sabiamente ao impor a lei argentina a todas as relações de direito que nascessem em nosso territorio, permittindo, só por excepção, a applicação da lei extrangeira.

Resumindo pode-se dizer: que a respeito das soluções do Direito Internacional, o Codi-

go Brasileiro aspira a ser mais scientifico; porém o Codigo Argentino é mais sabio, porque, si a sciencia exige a applicação da lei nacional quando se trata da protecção do individuo, a realidade impõe, no nosso caso, a lei do domicilio.

IV

A organização da familia é um assumpto que por sua propria natureza offerece em cada povo caracteres peculiares; de tal modo que poucos são os ensinamentos que se podem recolher da comparação de suas distinctas instituições. O regimen da familia é a verdadeira constituição social dos povos e apresenta, como tal, particularidades e caracteristicos proprios. No regimen do matrimonio nota-se na legislação moderna uma assignalada tendencia a dignificar e enaltecer o papel da mulher.

Na maioria das legislações vigentes, pelo contrario, não gosa esta dos favores da lei; pareceria confirmar-se o juizo de Baumarchais em, *Les Noces de Figaro,* quando, explicando a situação da mulher perante a lei, diz que bem se conhece ter sido o mais forte (o homem) quem a redigiu.

O Codigo do Brasil manifesta a este respeito uma profunda reacção. A mulher é a companheira, consorte e auxiliar do marido nos assumptos da familia (art. 240) O marido, ainda que chefe da sociedade conjugal (art. 233) não pode, sem o consentimento da mulher, vender, hypothecar, gravar os bens im-

moveis ou os direitos reaes sobre immoveis alheios, nem pleitear, nem prestar fiança, nem fazer doação, sem o consentimento da mulher.

Estas disposições tendem, sem duvida, a elevar a posição da mulher no matrimonio e, mais que tudo, a crear-lhe uma personalidade que a obrigará a sair dessa situação poetica e irreal em que a collocam os nossos costumes, privando o lar do seu esforço e concurso. Os bens da sociedade conjugal ficam tambem assim protegidos pelo accordo de vontades que se exigem para todo acto de disposição. Porém sem desconhecer os elevados propositos que se têm em vista, julgo mais conforme aos nossos moldes o regimen da lei argentina. O nosso paiz desenvolve-se ao impulso de uma actividade febril, impressa em todas os nossos actos, e seria entraval-o no seu desenvolvimento crear estas duplas personalidades que, além disso, deprimiriam ao nosso ver a posição do pae de familia e originariam graves perturbações e discordias.

A situação dos filhos, é mais ou menos a mesma que estabelece a lei argentina; não offerece o Codigo do Brasil modificações substanciaes nem se inspirou nas tendencias que exigem maior protecção á creança do que a que se dispensa aos seus bens; as instituições juridicas preoccupam-se mais com a tutela dos interesses materiaes que com a dos moraes, compromettidos na infancia orphã e abandonada.

Tres são os regimens que se referem aos bens: o de communhão universal, o de commu-

nidade parcial e o de separação. No primeiro, todos os bens e dividas presentes e futuras dos conjuges são communs a ambos, salvo casos especiaes, que se exceptuam expressamente (art. 263); no segundo, excluem-se da communidade os bens que possuem os conjuges, antes do matrimonio, e os que elles recebem depois por doacção ou herança (art. 269); no terceiro, ficam os bens proprios de cada conjuge sob a administração de seu dono.

O regimen da communidade parcial é, mais ou menos, o que a nossa lei estabeleceu, embora adopte para os casos de excepção os outros dois regimens. A dissolução do matrimonio offerece caracteres de certo interesse. Segundo o artigo 315, paragrapho unico, o casamento valido só se dissolve pela morte de um dos conjuges; entretanto, os artigos 218 e 219 o declaram annulavel si houver por parte de um dos noivos, ao consentir, erro essencial, relativamente á pessoa do outro, julgando-se tal o erro sobre a honra, bôa fama, sempre que o conhecimento posterior torne insupportavel a vida em commum ao conjuge enganado; a ignorancia a respeito de uma condemnação por crime, defeito physico irremediavel, ou molestia grave e transmissivel por contagio ou herança capaz de pôr em perigo a saude do outro conjuge ou de sua descendencia, e afinal, por defloramente da mulher, ignorado pelo marido.

Como se pode observar, são tão amplas estas causas de nullidade, que por si sós equivalem ao estabeleccimento do divorcio, e algu-

mas como a ultima citada, tão graves que darão, sem duvida, motivo a serias discussões que por certo não contribuirão para fortalecer a moralidade social, nem para dignificar o matrimonio.

Esta situação ambigua no que diz respeito ao divorcio, talvez se possa explicar como um caso de conciliação entre tendencias antagonicas. Entre as diversas commissões, especialmente na primeira da Camara dos Deputados, discutiu-se amplamente a questão do divorcio; o espirito conservador predominou, afinal, como expressão da maioria do povo brasileiro; porém o espirito liberal e reformista conseguiu retirar algumas vantagens, e a isto se deve, talvez, a introducção destas amplas causas de nullidade.

Sempre no proposito de fortificar os vinculos de familia, creou esta lei uma nova instituição: o bem de familia. E' permittido aos chefes de familia destinar um predio para domicilio desta com a clausula de ficar o mesmo isento da execução por dividas; esta excepção dura emquanto viverem os conjuges e até que os filhos completem a maioridade. Não se pode discutir a vantagem desta instituição que tem de contribuir para fortalecer os laços de familia e assegurar-lhe o bem estar social.

Algumas legislações modernas restabeleceram a instituição da adopção, crendo com isto satisfazer certas exigencias ou preoccupações; procura-se, por meio de lei, dar o que a natureza negou. O nosso Codigo a eliminou do numero das suas disposições; não é, sem du-

vida, uma instituição de real transcendencia, porém não se pode negar que ella corresponde a um desejo legitimo, que não ha interesse algum em condemnar.

Entre estas mesmas disposições antigas encontra-se a da prodigalidade, restabelecida no Codigo brasileiro. Não podemos dizer desta o que dissemos da adopção.

E' uma modalidade muito americana, a delapidação das fortunas em *loucos dispendios*, segundo dizia o texto das antigas leis, e são tão graves as perturbações que acarreta que não haverá ninguem que deixe de condemnal-a; porém d'ahi a estabelecer uma incapacidade para o homem que não chegou á alienação mental, em qualquer de suas formas, para proteger os presumidos interesses de familia; fomentar juizos vergonhosos em que os bens materiaes arrastam ao pelourinho a vida moral dos paes, e com elles a propria honra da familia, é, sem duvida, um mal mais grave do que o que se procura corrigir, e isso sem se ter em conta a impossibilidade judicial de qualificar o prodigo. Ignoro a este respeito as condições sociaes do Brasil, mas declaro francamente que, entre nós, uma instituição semelhante encontraria profunda resistencia.

No regimen da tutela, só é digno de menção o estabelecimento da hypotheca legal a favor do pupillo. Algo semelhante em relação á prodigalidade, devemos dizer neste caso. Preferimos, sem hesitar, o nosso systema legal, que procura alcançar a segurança dos bens do menor pela constante vigilancia do ministerio

publico e do juiz, ao systema do Codigo brasileiro que obsta o desenvolvimento social creando gravames sobre os bens.

No que se refere ás pessoas em geral, é justo chamar a attenção sobre o bom criterio com que foram fixados os vinte e um annos para a maioridade, limite em que parece coincidir a maior parte das legislações e que, tratando-se de uma raça de homens precoces, como a do Brasil, se justifica com maior razão. A edade que habilita para o matrimonio se fixou em dezeseis e dezoito annos respectivamente, para as mulheres e os varões, limites mais acceitaveis que os de doze e quatorze annos fixados pela nossa lei, já que no matrimonio intervêm factores e interessses de ordem mui superior á simples reproducção da especie.

As pessoas juridicas têm tambem uma regulamentação mui peculiar. Para o Codigo brasileiro ha pessoas juridicas de direito publico, interno ou externo, e de direito privado.

São pessôas de direito publico interno: o estado federal, cada um dos estados federaes e os municipios; estes são responsaveis, civilmente, pelos actos de seus representantes. São pessoas de direito privado: I As sociedades civis, religiosas, pias, moraes, scientificas ou litterarias, as associações de utilidade publica e as fundações; II as sociedades mercantis. As primeiras deverão constituir-se por escripto e inscrever-se no Registro geral; as sociedades mercantis regem-se pelas leis commerciaes. A existencia das pessoas juridicas de direito pri-

vado começa com a inscripção de seus contractos, salvo os estabelecimentos de seguros, Montepios e Caixas Economicas que precisam da previa autorização do Governo.

As fundações são pessôas creadas por escriptura publica ou testamento, as quaes o instituidor dota de bens, especificando os fins a que se destinam e os meios de administral-os. O ministerio publico deve velar pelo cumprimento das regras das fundações.

O Codigo argentino é menos amplo a este respeito, posto que exija autorização da lei ou do governo para que principie a existencia de toda associação, estabelecimento ou corporação com caracter de pessoas juridicas; e quanto ás fundações não as legisla expressamente.

V

O livro segundo do Codigo se occupa dos direitos das cousas e começa com o titulo da posse. Neste ponto, resaltam as disposições inspiradas nos mais modernos principios. O artigo 485, declara: „Considera-se possuidor aquelle que tem *de facto* o exercicio, pleno ou não, de algum dos poderes inherentes ao dominio ou propriedade."

Basta esta disposição para comprehender a adhesão do Codigo aos principios da escola de Ihering. Emquanto por nossa lei se exige o duplo concurso do *Corpus* e do *Animus* para se reconhecer a verdadeira posse, o Codigo brasileiro se satisfaz com a relação material.

Haverá posse das cousas quando alguma pessôa, por si ou por outra, tenha uma cousa sob o seu poder com *intenção* de submettel-a ao exercicio de um direito de propriedade. (C. A. art. 2351). De um lado, tem-se a theoria de Savigny que é a da nossa lei, que funda a posse na relação de uma appropriação juridica, pelo que não ha perante ella mais possuidores que os que pretendem a propriedade; e do outro, a de Ihering (5) que funda a posse no vinculo de exploração economica, perante o qual é possuidor o que detém, salvo casos expressos em lei. Não queremos entrar a discutir qual dos dois principios é superior ante uma critica scientifica, nem tão pouco (assumpto por si mesmo insignificante) affirmar que seja um e não o outro o que se amolda aos principios romanos; porém nos parece que o dos ultimos codigos europeus se approxima das exigencias da vida moderna.

Como logica consequencia da reforma no principio da posse, o regimen do dominio soffre tambem profundas modificações. A acquisição da propriedade immovel se faz pela simples inscripção do titulo de transferencia no Registro. (art. 530) Por certo que não se supprimiu a tradição como elemento para a acquisição do dominio, ainda que possa esta fazer-se por intermedio do instituto passessorio que autoriza o artigo 620. De modo que o que aquella legislação aggregou ás formas conhe-

(5) *La possesion*, par R. Saleilles, pag 322, Navarro de Polemeir, traductora.

cidas, é o estabelecimento do Registro que satisfaz uma exigencia real e imprescindivel. Esta instituição tinha no Brasil um antecedente importante: faz algum tempo, vigora ali, si bem que em certos casos com caracter condicional, o systema do acto Torrens que terá preparado o paiz para a implantação do regimen immobiliario sanccionado.

O caracter geral com que se apresenta o dominio não é outro, no fundo, sinão o regimen individualista de nossas leis.

O verdadeiro conceito do abuso do direito, do papel social da propriedade, não parece ter influido nas disposições; sem embargo, os casos de desappropriação regulados pelo artigo 590, autorizam motivos de necessidade publica, defesa de territorio, segurança, auxilio, salubridade publica etc., a dispor da propriedade alheia de modo a revelar certa attenuação do systema absoluto da doutrina romanista.

A propriedade litteraria é motivo de preoccupação deste codigo. O artigo 649 concede ao autor de toda obra litteraria, scientifica ou artistica, o direito exclusivo de reproduzil-a, e a seus herdeiros e successores o mesmo direito no praso de sessenta annos. O Codigo argentino, não obstante o disposto do artigo 17 da Constituição federal, que reconhece a todo autor ou inventor a exclusividade de sua obra, invento ou descoberta, no praso que lhe concede a lei, não cuidou de particularmente legislar sobre o caso. Dahi a necessidade em nosso paiz de uma legislação sobre propriedade scientifica, litteraria e artistica até Setem-

bro de 1910, quando foi sanccionada a lei numero 7092, modificada pela 9510, de Setembro de 1914; legislação esta inspirada em um criterio mais estreito que o do Codigo Brasileiro, que encontrou na forma legislada uma transacção entre os direitos do autor e os interesses sociaes, tratando-se de povos jovens e de escassa produção litteraria.

Nos direitos reaes legisla o Codigo sobre uma antiga instituição desterrada com boa razão de nossas leis; refiro-me a emphyteuse. "A conveniencia deste contracto, diz o dr. Velez, dependeu sempre do estado da sociedade em suas differentes epochas, das instituições politicas que permittiam os fundos, a inalienabilidade dos bens de raiz e os morgados que constituiam o direito successorio ao arbitrio dos paes." (nota 2503) Para a nossa organização social representa, pois, uma creação. A emphyteuse contribuirá simplesmente para multiplicar os pleitos creando um direito que gosa dos beneficios da propriedade que se transmitte aos herdeiros e que não tem sinão um caracter ambiguo entre o arrendamento e o dominio.

Outra instituição interessante e de nova creação é o penhor agricola. A necessidade de estimular e de facilitar, por todos os meios o desenvolvimento da agricultura, inspirou a creação desta instituição moderna.

O penhor agrario tem de particular que, contra os principios geraes, o devedor que dá em penhor um elemento qualquer de trabalho, fica, entretanto, em posse do mesmo afim

de poder delle servir-se. Não é preciso dizer que o Codigo argentino não tenha legislado sobre essa instituição, que é de data recente, porém está ella incorporada á nossa legislação por lei nacional e com caracteres similares á do Codigo do Brasil.

A hypotheca nos offerece em seu regimen mais interesse; adverte-se que o Codigo deixou ás léis de forma a regulamentação dos processos, tendo-se limitado a estabelecer poucos principios fundamentaes.

VI

O livro terceiro do Codigo se occupa das obrigações. Esta materia comprehende a parte mais abstracta do direito, razão por que as modificações que introduzem os conceitos modernos são de limitada transcendencia. Neste livro notam-se, mais do que em qualquer outro, as vantagens do methodo adoptado pelo Codigo do Brasil.

Vêm a formar parte, com as obrigações, os contractos, as obrigações para declaração unilateral de vontade, as obrigações por actos illicitos e o concurso de credores, este ultimo que em nossa lei apparece como um appendice inexplicavel do quarto livro. Entre os contractos convem notar, por sua novidade, o que se refere á edição, entre o autor de uma obra scientifica, de uma obra litteraria ou artistica e o editor obrigado a reproduzil-a e exploral-a, e o de representação dramatica entre o emprezario e o autor de uma obra theatral, contractos

mui peculiares da epoca moderna e que o Codigo argentino não legislou. Outros contractos interessantes são os da sociedade rural, agricola ou pecuaria, que regulam as relações de direito entre o proprietario que entrega um fundo agricola ou uma certa quantidade de animaes a outro, com o fim de repartir com este os fructos ou utilidades que resultarem. O contracto de seguro de vida tem tambem certo interesse. Ao tempo da redacção do Codigo francez, este contracto era considerado como immoral e visto pelos juristas com antipathia e desdem; isto contribuiu, talvez, a parte o caracter commercial predominante com que se offerece, para que a nossa lei o não levasse em conta. O Codigo brasileiro legisla este contracto, amplamente, quer se tracte de seguro de vida, de seguro mutuo, quer de riscos futuros, em geral.

As obrigações por declaração unilateral de vontade atraem, desde logo, a nossa attenção. Pareceria uma transgressão dos principios essenciaes suppor a creação ou o vinculo de uma obrigação, sem o concurso da vontade do devedor; porém, bem analysadas as obrigações, a que me refiro, levam ellas em si o sello da vontade das partes. A promessa de recompensa e os titulos ao portador, que são os dois casos legislados no Codigo brasileiro, tambem levam em si, a respeito do devedor, o sello de sua vontade de obrigar-se a uma prestação concreta em favor de pessoa determinada. A primeira destas obrigações é contemplada por nosso Codigo de um ponto de vista distincto;

ao passo que o brasileiro declara que o que por annuncios publicos se compromette a recompensar ou gratificar a quem cumpre certa condição ou desempenha certo serviço, contrae obrigação de fazer o promettido; o nosso desconhece a validade de actos semelhantes. Os titulos ao portador, são, para a nossa legislação, materia do Codigo de Commercio.

Pareceria uma exigencia, tratando-se de um Codigo moderno, que legislasse sobre os contractos e accidentes do trabalho; entretanto o Codigo só contem prescripções geraes para a locação de serviços, semelhantes ás de nossa lei tendo somente uma secção especial para regular as relações de direito nos trabalhos de empreitada.

Sem duvida a lei brasileira obedece, neste ponto, á tendencia moderna tambem, que sustenta que com a legislação do trabalho se deve fazer um Codigo especial. á semelhança do que a seu tempo, occorreu com o Codigo do Commercio; si fosse este o motivo da determinação, sinceramente o applaudiriamos, porque não é possivel, sem confusão, introduzir nas prescripções geraes dos codigos, uma legislação excepcional, qual deve ser a que protege os interesses da classe operaria.

VII

O ultimo livro, direito das successões, offerece um interesse positivo. A legislação consagrada ás successões é em nosso Codigo a mais deficiente, porque se viu obrigado o nosso co-

dificador a redigil-a precipitadamente, attraido por mil interesses e absorvido pelas questões da vida publica activa de que participava, e já sem a guia importante do projecto de T. de Freitas, que, como se sabe, não chegou a tratar das successões.

O Codigo brasileiro começa declarando que o herdeiro não responde pelos encargos da successão além dos valores recebidos por herança (art. 1587). Esta unica disposição é de tal modo transcendental e importante que por si, define todo o regimen da successão e marca o passo mais avançado no caminho da justiça. Si o herdeiro não responde com o seu peculio pessoal, pelas dividas do intituidor, não ha, por conseguinte, nem beneficio de inventario nem separação do patrimonio, nem todo esse accumulo enorme de subtilezas e ficções que se viu obrigado a fabricar nossa lei para conservar um estado juridico que já não tem base nas condições do ambiente social.

Para o Codigo argentino, em compensação, o que acceita uma successão, tacita ou expressamente, confunde o seu patrimonio com o do instituidor e é devedor dos credores deste; de tal maneira que ainda que tome todas as precauções possiveis para conhecer o estado de solvencia, não poderá, de modo algum, evitar que um credor do instituidor, desconhecido para o successor, appareça, depois da acceitação a exigir-lhe não só todos os bens do instituidor sinão ainda os seus proprios, e em tão invejavel condição que pode, em seu beneficio, pedir a separação dos patrimonios do institui-

dor e do herdeiro para pagar-se com preferencia sobre os bens daquelle e volver pelo saldo, si ficar, contra os deste, advertindo que a lei não concede egual direito de separação aos credores do herdeiro. E si se perguntar pela razão que justifique esta situação excepcional, ter-se-á de responder que se apoia nos antecedentes romanos, aquelles que nos ensinam a considerar o herdeiro como um continuador da pessoa do instituidor; a mascara do direito passa do instituidor ao successor, como se dizia antigamente. Porém, ha de se convir que esta razão não satisfaz hoje, desde que a solidariedade do interesses e a autoridade absoluta do pae sobre os bens e as pessoas dos filhos não são já os caracteres distinctivos da nossa organização social.

Mercê d'esta innovação bastaram ao Codigo do Brasil duzentos artigos para legislar as mesmas materias para as quaes necessitou o nosso Codigo de seiscentos, facto que bem merece ser apontado.

A porção disponivel do testador é muito mais ampla do que a que concedem as nossas leis, e foi legislada em uma forma mais simples, ainda que não me atreva a dizer mais justa que entre nós outros.

Tendo herdeiros necessarios, o testador só poderá dispor de metade da herança (art. .. 1579). Tratando-se de filhos, que é o caso mais commum nas heranças, o Codigo argentino só concede ao testador, como porção disponivel, uma quinta parte dos bens. Não se pode discutir que deve contribuir para forti-

ficar os vinculos da familia e para estimular a iniciativa dos filhos toda disposição que ponha em mãos do pae o meio de fazer sentir a sua autoridade e que afaste dos filhos, a certeza de receber bens que lhes permittam viver na inacção e até na ociosidade; sob este ponto de vista não se pode deixar de contemplar com sympathia a innovação do codigo brasileiro.

Temos dito mais acima que não sabemos si é justa esta forma de legislar a porção disponivel, reduzindo-a a um caso unico, já que não é a mesma quando concorrem á successão os ascendentes ou os descendentes, posto que sejam distinctos os deveres do testador para com uns como para com outros; porém são tantos os inconvenientes do systema casuista de nossa lei, que nos sentimos attraidos pela simplicidade da disposição do Codigo Civil brasileiro.

Nas ordens de vocação hereditaria, o novo Codigo se mostra injusto, relegando ao conjuge o terceiro plano, depois dos descendentes e ascendentes, e até cremos que haja, a este respeito, certa inconsequencia, porque procurar, por todos os meios enaltecer e dignificar a situação da mulher no lar e logo negar-lhe os direitos necessarios a participação que legitimamente lhe corresponde, —é inexplicavel.

Em materia de successão testamentaria, merece seja mencionado o que se refere ao testamento particular que é, mais ou menos, nosso testamento holographo, para o qual se exige não só que seja escripto e firmado pelo testador, mas a intervenção de cinco testemunhas,

afim de assegurar, com esta intervenção, o conhecimento publico sobre a existencia do documento, o que difficultará as machinações dos interessados em fazel-o desapparecer.

Autoriza tambem os codicillos, tratando de disposições especiaes sobre o enterro, esmolas de pouca monta, assim como para deixar roupas, moveis, joias etc. não mui valiosas, de uso pessoal.

Chegamos á parte final e convem contemplar o Codigo em seu conjuncto para mostrar os traços salientes de sua personalidade scientifica e litteraria. O Codigo Civil Brasileiro é logico porque está executado de conformidade com um methodo preciso, scientifico, admiravel. As instituições nascem e se encadeiam segundo uma successão natural, sem contradicções, sem repetições que lhe difficultem a comprehensão. E' technico porque se inspira em principios scientificos e inquestionaveis, sem chegar ás disposições doutrinarias e theoricas que vinculam as leis á doutrina e que as fazem participar da vida ephemera déstas. E' simples e até diriamos popular, porque está escripto em uma linguagem singella e precisa, realizando assim o anhelo supremo da epocha: o de fazer dos livros de legislação um campo accessivel a todos os homens. Em resumo, bastaria recordar a extensa ordem de relações que legisla, introduzindo ali novas instituições, sem exigir mais de mil oitocentos e sete artigos em conjuncto, e por fim, a sua technica grammatical faz delle um verdadeiro modelo.

Julgamos aqui, simplesmente a obra sci-

entifica; o tempo dirá, com a applicação do Codigo e com a analyse do commentarista, até onde a obra da intelligencia soube inspirar-se na realidade e amoldar a sciencia ás necessidades do ambiente social.

Os seus antecedentes fazem presumir que nenhuma esperança será frustrada; o Codigo não nasceu da mente atrevida, innovadora, exaltada, de um homem ou de um grupo, mas é filho da sciencia juridica brasileira. Nos labores de sua redacção debateram-se duas grandes culturas: a tradicional e civilista cujo mais alto expoente é o conselheiro Andrade Figueira, e a scientifica e social moderna cuja chefia se encarna na personalidade do autor do projecto. Clovis Bevilaqua: as duas tendencias deveram ceder, e cada concesssão que uma arrancava á outra éra uma victoria que obtinha o espirito publico nacional.

O estudo das legislações dos povos da America tem para nós um duplo interesse: delle recolhemos os ensinamentos que a experiencia e a sabedoria põem na organização das instituições juridicas fundamentaes e realizamos uma obra de solidariedade, porque nada separa tanto os povos como a mutua ignorancia dos traços da personalidade moral e das virtudes collectivas. Creio, por isso, realizar um trabalho patriotico e um trabalho de solidariedade americana approximar a juventude argentina de uma obra magistral da sciencia de um povo irmão.

Antes de terminar, sinto-me impulsionado a consignar uma advertencia. No curso desta

larga exposição, muitas vezes devi pontualizar alguma critica á obra de nosso sabio codificador; entretanto não foi intenção minha, em momento algum, diminuir o valor desse monumento de legislação, erguido pelas mãos poderosas de nosso grande "viejo Velez', mas simplesmente apontar, dentro das instituições, os dominios por onde começa o espirito novo a infiltrar a sua crença; bastaria para recordar-me que faz apenas uns mezes consagrei um trabalho extenso á glorificação de Veléz, de sua personalidade e de sua obra, para que, se comprehenda que não pode caber em minha mente um só pensamento de menosprezo ou de desvio.

Existe no paiz uma justa veneração pela obra do Codigo Civil e este sentimento que é dos que fazem a nação, porque contribue para formar o nosso ideal, não quizera ser eu quem tenha de diminuil-o ou empanal-o. E' meu proprio amor ao paiz e ás suas instituições o que me impelle a assignalar com mão carinhosa, na arvore frondosa, os ramos cuja louçania e verdor a successão dos invernos arrebatou para sempre.

Enrique Martinez Paz.

Concurso de Direito Criminal realisado em 1908 na Faculdade de Direito do Recife (1)

"Theoria do crime politico. —Pode o crime politico ser, em sua genese, explicado por influencias cosmicas e anthropologicas de preferencia ás sociaes? —Os crimes que constituem as figuras dos arts. 87 a 106 do Codigo Penal são politicos, e se acham bem catalogados sob a epigraphe do respectivo capitulo?

O crime politico, pode-se dizer, é um dos mais vastos themas dados a debate no Direito Penal, e com isto queremos significar que delle se têm occupado as melhores cabeças do mundo juridico, qualquer que seja a escola a que se tivessem filiado e o ponto de vista em que se houvessem collocado para encarar as questões que mais directamente interessam ao organismo social.

(1) Prova escripta feita de improviso e sem auxilio de livros.

Pode-se, entretanto, perguntar qual foi a escola, qual o espirito superior e penetrante que já tivesse podido dizer satisfactoriamente quaes são os traços do delicto politico que o possam distinguir dos delictos communs, a ponto de permittir uma punição especial, apropriada, ou, para fallar a linguagem da escola positiva, o expediente mais efficaz da clinica de preservação social.

A resposta não poderá ser prompta e, muito menos, capaz de pôr um termo ás controversias.

As civilisações anteriores ao grande cataclysmo social, que foi a Revolução Franceza, faziam do *delicto politico* conceito muito differente daquelle que hoje é predominante. Assim é que as penalidades mais barbaras, mais deshonrosas, mais aviltantes da personalidade humana eram inventadas para os criminosos politicos.

As condemnações aos trabalhos das minas, a *condemnatio ad bestias*, a reducção á escravidão entre os romanos, o horrivel banimento dos velhos tempos, que equivalia ás penas de excommunhão da Edade Media, sujeitando o banido a se vêr repellido por todos como um verdadeiro inimigo da humanidade, eram, todas ellas, penas impostas aos criminosos politicos.

Mais tarde, quando os povos começavam a comprehender melhor a solidariedade humana, a necessidade de punir o crime em toda a parte em que elle se pratique, e surgio a ideia da extradicção dos delinquentes, não

eram excluidos os criminosos politicos, e, ao contrario, o instituto da extradicção applicava-se especialmente áquella sorte de delinquentes. (Adolpho Prins —"Sciencia penal e direito positivo).

O despotismo, que, como é sabido, era a forma politica sob que viviam os povos antigos, só podia ser mantido por meio da força, do terror e de penalidades horriveis. O chefe concentrava em suas mãos todos os poderes: os poderes politicos, o poder militar, a autoridade de chefe da religião. Atacar, pois, esse poder, era commetter o attentado supremo. O crime politico era, assim, considerado como um verdadeiro parricidio.

Este conceito, porém, evoluio, acompanhando o evolver da civilisação. Hoje, ninguem o ignora, é muito diversa, em these, a ideia que se faz do delicto politico nas diversas escolas de Direito Penal, assim como diversas são as penalidades edictadas na legislação.

Em traços largos, pois nas condições em que é feito este trabalho não se pode dar grande desenvolvimento ás questões, em traços geraes, repetimos, são as seguintes as considerações determinantes do tratamento diverso e das penalidades mais brandas reservadas ao crime politico:

E' sempre difficil verificar os motivos que conduziram á delinquencia politica, e este ponto é de importancia capital, desde que, não somente para a escola positiva, como para a escola classica de Direito Criminal, é pelos motivos do delicto que mais claramente se pode

desvendar o gráo de perversidade ou de temibilidade do delinquente.

Effectivamente, é quasi sempre em nome de um idéal de reformas, que, no seu entender, corresponde ás verdadeiras aspirações do seu paiz, que um individuo ou um partido se atira á voragem das revoluções.

E, lançando-se as vistas para a historia dos povos, é o caso de indagar, entre os delinquentes politicos, se elles foram sempre individuos máos, perversos, inimigos do seu paiz. Da historia, porém, é outra muito diversa a resposta que receberemos.

Foi um revolucionario que operou a maior das transformações conhecidas nas ideias moraes da humanidade. Foi ainda outro revolucionario que apressou a emancipação da consciencia religiosa, que a historia conhece pelo nome de *Reforma*. Foi no meio das tempestades politicas da Revolução Franceza que se fundou a ordem politico-social hoje predominante e que substituiu a democracia ao despotismo.

Deixemos, porém, tudo isto e volvamos a vista para a these que nos foi proposta pela illustrada Congregação da Faculdade.

Póde o crime politico ser, na sua genese, explicado por influencias cosmicas e anthropologicas de preferencia ás sociaes?

A pergunta já deixa fóra de questão que o crime não deve ser encarado senão como um phenomeno natural, obedecendo a causas physicas e sociaes.

Ficamos assim dispensado de discutir o

velho e já batido thema da escola espiritualista ou classica de Direito Criminal, que ainda sustenta que o crime é um verdadeiro *fiat* da vontade humana.

Sobre a questão ha pouco suscitada, não é possivel adeantar coisa alguma sem dar noticia do livro celebre de Lombroso e Laschi —"O delicto politico."

Effectivamente, Lombroso e Laschi encaram o delicto politico justamente sob esse ponto de vista, e affirmam que elle tem suas causas nas influencias climatericas, orographicas, etc, combinadas com o misoneismo que caracterisa certas raças. Apresentam depois no livro acima indicado o typo anthropologico do criminoso politico, e, partindo desta theoria, indicam os meios prophylaticos que devem ser empregados pelo poder social a respeito da criminalidade politica.

E' uma these aventurosa, como muitas das que tem posto em discussão o genial professor de Turim, mas que não deu outro resultado senão o de haver proporcionado ao notavel scientista uma occasião mais de fazer valer o seu engenho e o seu vasto saber.

A critica dissolvente de Tarde ahi está mostrando o quanto são erroneas as ideias de Lombroso sobre o crime politico.

As raças têm uma grande significação no crime politico, de que nos occupamos; assim é que, segundo Lombroso, as raças *dolicocephalas* têm grande tendencia para as ideas adeantadas, ao passo que as *brachycephalas* são conservadoras.

Ora, Tarde indica povos em que predominam os *brachycephalos* e que são, entretanto, republicanos.

O misoneismo tambem poderia explicar a criminalidade politica, segundo o nosso autor. Como povo misoneista é apontado o francez, e, suppomos que ninguem o contestará, pode-se considerar a França a terra das revoluções.

O typo do criminoso politico, architectado por Lombroso, o foi segundo os mesmos processos e de accordo com os mesmos dados de que elle se servio para construir o *typo do delinquente* em geral. Ora, não nos cabe discutir aqui esta *exata questio* do typo anthropologico do delinquente.

Suppomos, porém, poder affirmar perante essa illustrada Congregação, a quem não ha passado despercebido, o renhido debate travado no terreno da sciencia penal, que o *typo do homem criminoso* é uma these posta de lado, que, pelo menos, não é mais julgada capaz de servir de base ás reformas praticas e ás applicações scientificas a que se propõe a escola positiva.

Desde o Congresso de Anthropologia Criminal de Bruxellas que uma serie de argumentos scientificos manejados por Manonorier, Topinard, Tarde e tantos outros representantes das doutrinas modernas sobre o direito criminal, poz fóra de combate o *typo do criminoso*.

Pois bem: como explicação da criminalidade politica, a these do *typo do delinquente* não deve ser invocada, pelas mesmas razões

que a tornaram inapta para explicar a delinquencia congenita.

E agora, perante Lombroso, em combate á sua these, queremos collocar o grande autor da "Sociologia Criminal", o genial Enrico Ferri, que pode ser, nos ultimos tempos, considerado o mais alto representante da cultura latina, a figura mais notavel da escola positiva de Direito Criminal.

Estabelecendo a sua classificação dos delinquentes em *delinquentes alienados, natos, habituaes, passionaes e de occasião*, teve Ferri de responder a muitas contestações que de toda a parte se levantaram.

E' o caso que Colajanni, que aliás concordou com a classificação de Ferri, notou que faltava alli um sexto grupo: o dos *criminosos politicos*. A isto respondeu Ferri não haver necessidade de mais este grupo, pois os delinquentes politicos tanto podem pertencer ao grupo dos alienados, como ao dos criminosos natos, como ao dos occasionaes, como a qualquer dos outros, emfim.

E de facto, ninguem ignora que os periodos de agitação revolucionaria fazem subir a tona as ruins paixões, dando logar aos mais horriveis crimes contra as pessôas e contra as propriedades.

De par com os heroes, com os homens que agem impulsionados pelos mais nobres idéaes, encontram-se os mais perversos individuos, rebutalho da sociedade, que aproveitam a agitação do momento para dar expansão a sua indole perversa.

Ao lado dos girondinos, na Revolução Franceza, figuram os sinistros typos de Robespierre, Marat, Collot d'Herbois, Carrier e tantos outros.

Não são somente os Guiteau, os Passanante, os Ravachol, os Henry, os Caserio que agem impellidos por motivos politicos. Além destes degenerados, destes *mattoides*, destes desequilibrados de toda a sorte têm commettido crimes politicos, alguns dos homens mais notaveis de todos os paizes.

Do que se acaba de dizer, vê-se que Ferri tem toda a razão, recusando um grupo especial aos *criminosos politicos*.

Assim, rapidamente, desde que somos forçados a synthetisar, respondemos que em nome da propria escola positiva, representada pelo mais illustre dos seus chefes, pode-se affirmar que é inacceitavel a explicação da delinquencia politica por influencias cosmicas e anthropologicas de preferencia ás sociaes.

Predominarão as causas sociaes?

A questão neste terreno exclusivo não pode tambem ser resolvida.

O phenomeno do crime é um phenomeno complexo, para o qual concorrem causas physicas, causas biologicas e causas sociaes.

Só a combinação de todos estes factores nos poderá dar a razão da delinquencia em geral e da delinquencia politica em particular.

Uma má organisação politico-social, a miseria, o despotismo, poderão determinar a

explosão do crime politico, mas para isto ha necessidade de que certos homens tenham um temperamento apropriado á lucta, aos combates, aos grandes actos de energia, para que as revoluções façam explosão, o que quer dizer que sem o factor biologico, as causas sociaes ficariam inertes. Mas não são somente estas duas ordens de factores que concorrem para a producção do phenomeno: já se vê que ao homem não é possivel libertar-se das influencias do meio physico, que ora exacerbam, ora modificam aquellas outras.

E, assim, respondemos á pergunta da Faculdade na sua primeira parte: — *o crime em geral, e tambem o crime politico, só pode ser explicado como uma combinação de influencias physicas, biologicas e sociaes, e não unicamente por influencias cosmicas e anthropologicas de preferencia ás sociaes.*

Indaga o ponto proposto pela Faculdade se os crimes que constituem as figuras dos arts. 87 a 106 do Codigo Penal são politicos e se acham bem catalogados sob a epigraphe do respectivo capitulo.

Antes do mais, devemos affirmar que o nosso Codigo não nos fornece uma definição do crime politico em nenhum dos seus artigos, e se podemos affirmar que o legislador brasileiro considera politicos os crimes a que se refere a these, é que o decreto que organisou a justiça federal, estabelecendo a competencia do jury federal, estabelece que serão julgados por este tribunal os crimes politicos, como taes devendo ser considerados ou defi-

nidos no livro 2.° titulo 1.° e seus capitulos e tit. 2.° capitulo 1. do Codigo Penal.

Assim sendo, só a doutrina nos poderá fornecer uma definição do crime politico.

Lombroso no livro acima apontado, depois de fazer uma distincção entre *revolução e revolta*, considerando a primeira um phenomeno physiologico, e a segunda um phenomeno pathologico, define o crime politico: *"o ataque á ordem politica, economica e social estabelecida pela maioria."*

Não nos propuzemos a reproduzir as palavras do autor a quem nos referimos, mas acreditamos haver conservado as suas ideias.

Acceitamos aquella definição, que de facto comprehende todos os elementos que caracterisam a delinquencia politica.

Isto posto, occorre-nos logo ponderar que entre os crimes catalogados no titulo 1.° do Codigo Penal ha alguns que não constituem um verdadeiro ataque á nossa organisação politico-social, e entre estes todos os que se referem á pirataria.

De facto, a que vem a pirataria no tit. 1.° do Codigo, considerada como um crime politico?

E' esta, segundo bem o affirma o Dr. João Vieira, no seu douto commentario, uma verdadeira singularidade do nosso Codigo Penal.

Para todos os povos o crime de pirataria é considerado como um crime contra a propriedade, e se pode concorrer com os crimes politicos, é, em todo o caso, um crime de direito commum, como o roubo em terra.

E para que mais realce a extravagancia do nosso Codigo na parte em questão, alli não se limita o legislador a tomar em consideração a pirataria em certos casos previstos no art. 104; pune tambem o commercio com piratas, assumpto que razoavelmente só devia ser tratado na parte referente aos crimes contra a propriedade.

Não achamos tambem cabimento para o crime do art. 103 em um titulo do Codigo que tem como epigraphe: *dos crimes contra a existencia politica da Republica,* pois outro muito diverso pode ser o movel de tal infracção.

Outros reparos poderiamos fazer ao Codigo, mas somos interrompidos pelo aviso de que já deu a hora, que, como sabe a illustrada Congregação, é improrogavel.

Recife, 5 de Outubro de 1908.

Octavio Hamilton Tavares Barrêtto.

Um projecto de lei de fallencias para a Republica Argentina.

Muitas queixas apparecendo na Republica Argentina contra a actual Lei de Fallencias, diversos projectos de reforma da mesma tem apparecido, sem todavia lograrem acceitação.

Ultimamente, os Srs. Drs. Felix Martin y Herrera e Juan Carlos Cruz (este, professor da cadeira de Fallencias na Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de Buenus-Ayres), aprezentaram ao estudo dos juristas, seus conterraneos, um novo projecto, que vem publicado na *Revista Juridica y de Ciencias Sociales*, que se publica em Buenus-Ayres, anno XXXIII, fasciculo de Outubro a Dezembro de 1916.

A respeito desse projecto, tendo-lhe sido gentil e honrosamente solicitada pelo Sr. Dr. Juan Carlos Cruz a sua opinião sobre o mesmo, ao dito professor da Facultad de Buenus-

Ayres, escreveu o nosso collega Sr. Dr. Joaquim Amazonas, professor cathedratico de Direito Commercial em nossa Faculdade do Recife, a carta que publicamos a seguir:

Recife, 1 de Julho de 1917.

Sr. Dr. Juan Carlos Cruz

Buenus-Ayres.

Meu distincto amigo

Saudo-o com verdadeiro contentamento e peço desculpas de sómente agora, quatro mezes passados, cumprir a promessa de enviar as minhas observações a respeito de seu projecto de uma LEY NACIONAL DE BANCARROTAS, para o seu bello paiz.

Os multiplos affazeres de minha profissão de advogado, serviços extraordinarios de concurso, na Faculdade, me impediram de desde logo cuidar d'esse estudo; em todo caso, "antes tarde que nunca", conforme o dito popular de minha terra.

Como verá, são observações despretenciosas, mais praticas do que scientificas, as que adeante faço por partes e não de conjuncto; verá tambem que, em geral, postas de lado ligeiras divergencias theoricas, que nada influem para o systema do projecto, encontram-se quasi sempre com minhas ideias as de meu distincto collega.

Mas, passo as referidas observações, que vão a seguir.

TITULO PRELIMINAR

Não sou partidario do systema estabelecido nos itens V, VI e VII, secção segunda, deste titulo preliminar.

Convencido da superioridade do systema da UNIDADE da fallencia, em contraposição ao da MULTIPLICIDADE, não vejo justificativa para a admissão deste ultimo systema, muito principalmente em paizes novos, como a Argentina e o Brazil, que precisam e uzam largamente do credito no extrangeiro. A unica limitação que julgo necessaria ao systema da unidade da fallencia (quiebra), é a de ser a sentença, declarada no extrangeiro, *homologada* pela Suprema Côrte de Justiça, afim de verificar as suas condições de legalidade e validade.

Não conheço razões de direito que justifiquem preferencias em favor dos credores residentes no paiz, que melhor deveriam conhecer as condições do devedor do que os residentes no extrangeiro, para assim, em virtude d'esta preferencia, receberem todos, ou quasi todos, os seus creditos, sendo os credores do extrangeiro muitas vezes totalmente prejudicados.

E' um tratamento desegual a sujeitos activos de eguaes direitos, o que se não comprehende na legislação de um paiz democratico, cuja constituição e mais leis organicas não es-

tabelecem nem cream desegualdade de direitos civis entre nacionaes e extrangeiros.

Todavia, sou obrigado a confessar que algumas legislações tem acceito este systema de dar preferencia aos credores do paiz, ora somente sobre os bens immoveis, ora tanto sobre os immoveis quanto sobre os moveis.

TITULO PRIMEIRO

Art.° 2.°

O estabelecido no segundo periodo deste artigo não me parece bem, nem quanto a regra mesma que estabelece, nem quanto a sua perfeita concordancia com o estabelecido no Art. 1.°, alinea a), onde dá ao juiz o necessario e justo poder de apreciar em cada caso si a inscripção de matricula foi obtida com o fim unico de solicitar convocatoria de credores.

De facto, dar este poder ao juiz e ao mesmo tempo exigir que a matricula na inscripção e rubricação de livros dos não commerciantes seja feita com a declaração de que se as solicita para os effeitos da lei das concordatas preventivas, me parece contradictorio.

Partidario decidido da corrente scientifica que prega a necessidade urgente da unificação do direito privado, não conheço razões de direito ou de uma lei para commerciantes e outra para os não commerciantes; eu quero um tratamento egual para ambas as classes e portanto que as condições exigidas aos não commerciantes, para aproveitarem dos favores da

lei das concordatas preventivas, sejam as mesmas que se exige aos commerciantes.

Art. 7.°

Me parece perigoso não exigir poderes especiaes para convocar credores e lhes propor concordata preventiva, pelo menos em quanto houver classes de bens fóra do commercio, e principalmente em se tratando de sociedades de responsabilidade collectiva e illimitada.

Não somente um simples gerente, por muito grande que seja a sua competencia e por maior que seja o conceito de que goze, não está de certo nas mesmas condições do DONO do negocio, como nas sociedades póde um socio, que possua capitaes ou credito particulares sufficientes, querer soccorrer a sociedade, evitando a concordata ou a fallencia que possa ser declarada em virtude do fracasso e recuza da proposta de concordata pela junta de credores.

Art.° 10.°

Considero injusta e inconveniente a disposição deste artigo. Em uma sociedade em commandita pode o commanditario *fiscalizar*, os negocios sociaes; e si elle verifica que a sociedade não vae bem, deve ter o direito de evitar para si ou para os credores um prejuizo total, sem se tornar illimitadamente responsavel.

Art. 18.°

A ultima parte deste artigo é uma porta aberta para os abusos; seria preferivel cortar estes possiveis abusos com a decretação immediata da quebra ou fallencia do infractor do disposto na parte primeira do mesmo artigo.

Art. 36.°

Não creio razoavel consentir que os credores privilegiados renunciem á parte de seus privilegios, talvez apenas o bastante para poderem proteger escandalosamente a devedores de má fé, obrigando os demais credores a uma concordata irrizoria e conservando elles uma parte do credito que vá absorver quasi o activo liquidavel.

Penso que se não deve negar ao credor privilegiado o direito de renunciar ao privilegio que tem, mas somente renunciando a todo elle e provando que a renuncia ao mesmo fal-o-ha receber maior porcentagem do que se conservasse o privilegio. Somente assim eu creio ser possivel evitar combinações dolosas entre credores privilegiados e devedores de má fé com sacrificio dos credores chirographarios.

Art.° 44.

Não julgo acertada esta disposição, porquanto ella consiste em restaurar o desastroso instituto da *cessão de bens,* imposto pela maio-

ria de credores, muitas vezes ficticias, em detrimento da minoria verdadeira.

Este instituto dará fatalmente pessimo resultado, salvo a hypothese de só ser admittida a adjudicação com "*carta de pago*" quando acceita pela unanimidade dos credores.

TITULO SEGUNDO

Art. 124 a 132

Não posso bem avaliar quaes os resultados praticos que se poderá obter em Argentina com a creação dos *interventores oficiales*.

Já tivemos no Brazil estas entidades, ao tempo da Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, e o resultado foi dezastroso.

Em geral, se pode dizer, creou-se uma *classe* de pessôas que viviam das fallencias, cujos processos quasi nunca chegavam ao termino, e, quando chegavam, tinha desapparecido a massa.

E' que tambem em geral, os homens de bem, aquelles que tinham os seus negocios a cuidar, recuzavam a syndicancia das fallencias, e o resultado era quasi sempre ir a mesma parar ás mãos de um apaniguado do fallido, ou de um desses individuos infelizmente recebidos em todas as rodas, como se fossem homens de bem, mas que não passam de refinados tratantes e vivedores das fallencias de que eram syndicos.

Além destes inconvenientes que foram verificados no Brazil, o numero destes *interventores oficiales* não pode ser illimitado: em consequencia, em um grande centro, como Buenus Ayres, por exemplo, se daria a um ou dous destes interventores o encargo de syndicar muitos pedidos de convocatoria de credores, muitas vezes importantissimas e de ramos de negocios os mais diversos.

Faltar-lhes-hia não somente o tempo para bem cuidar de todos os casos, como podiam nada entender de alguns dos ramos de negocio, pois não basta ser contador para de tudo saber e entender; as consequencias poderiam ser ruinosas.

Assim, apezar de todos os defeitos que reconheço, eu ainda dou a preferencia aos proprios credores para a syndicancia. Todavia, a ser conservada a instituição, seria conveniente accrescentar um artigo em que fosse estabelecido que nenhum *interventor oficial* possa estar encarregado ao mesmo tempo de mais de tres fallencias ou pedidos de convocatoria de activo acima de $10.000 até $50.000 pezos, papel; de mais de duas de valor acima de ... $50.000 até $100.000 pezos, papel; e de mais de uma de valor acima de $100.000 pezos, papel.

Art. 173.

Penso ser inconvenientissimo conceder ao fallido o direito de pedir a rehabilitação logo depois de celebrada a *junta de credores*. Mais

do que isto, considero um erro formal, de que se terá de arrepender a Argentina, si assim estabelecer.

Sou dos que não consideram infamante o instituto da fallencia, mas simplesmente um meio facil e rapido de execução, para evitar maiores prejuizos; mas, por isto mesmo, quero todas as garantias e seguranças.

O devedor fallido que, entregando o activo, ás vezes nullo, ainda que seja homem de bôa fé e honestissimo, tiver o direito de, logo depois da junta de *credores*, pedir a sua rehabilitação, ficando por esta completamente exonerada do pagamento de todos os saldos que devesse, como dispõe o Art. 181 do projecto, pouco ou nada se encommodaria com a liquidação do processo e ficaria a rir-se d'aquelles que tinham nelle confiado.

Assim, eu modificaria este artigo para sómente conceder ao fallido o direito de pedir a rehabilitação depois de completamente encerrado o processo e terminada a liquidação e divizão dos bens da massa pelos credores.

Art. 178

Para evitar quaesquer duvidas, eu substituiria a expressão —*podrá iniciar*— por esta outra —*solamente podrá iniciar*.

São estas, meu distincto Amigo e Collega, as observações que, satisfazendo á gentileza de seu pedido e instancia, me permitti fazer ao seu magnifico trabalho.

Sem mais assumpto, esperando que no proximo anno de 1918 nos encontraremos novamente n'essa bella capital de sua grande patria, sou com a mais elevada estima e consideração.

Am.º Ad. Ob.

Dr. *Joaquim I. de A. Amazonas.*

O facto economico no ponto de vista sociologico.

A interdependencia dos phenomenos economicos e dos phenomenos sociaes é um dos aspectos mais salientes do dynamismo historico. A principio pouca importancia se attribuia a esta interdependencia, tanto que entre os phenomenos sociologicos, geralmente classificados sob criterios artificiaes, não figuravam os economicos como elementos integrantes do viver das sociedades. Nas classificações que se faziam das sciencias sociaes tambem se omittia a economia politica, bastando citar a de Von Mohl que apenas schematizava a sciencia dos costumes, a do direito, a politica e a historia. Por outro lado, os estudos economicos, aferrados ao individualismo estreito da escola classica, só um material escasso podiam offerecer á systematização scientifica.

Hoje seria ocioso apontar as classificações em que o facto economico vem inserto com os

sociaes, quer como substrato destes, quer como parte componente da vida collectiva. Na de G. de Greef, uma das mais logicas, os phenomenos economicos occupam o primeiro plano segundo o principio da generalidade decrescente e complexidade crescente que A. Comte adoptou na seriação dos conhecimentos positivos.

Para o eminente sociologo os phenomenos economicos são os mais simples, os mais geraes, os que correspondem ás necessidades biologicas do aggregado, á vida de nutrição dos organismos sociaes:

"As nossas buscas levaram-nos a reconhecer que os phenomenos economicos são os mais geraes e os mais simples da vida collectiva; a nutrição, isto é, o consumo e a producção das utilidades assimilaveis é a condição *sine qua non* de toda a existencia social; desta, ella é a funcção mais universal, a mais constante; é impossivel mesmo figurar um facto qualquer sem apoial-o em certas formas economicas: supprimi a vida economica das sociedades, e tudo se desmorona: vida affectiva ou familial, vida artistica, vida intellectual, vida moral, até o direito não tem mais razão de ser, e a direcção politica collectiva torna-se impotente e sem objecto." (1)

E' muito conhecida a importancia que a escola marxista attribue aos phenomenos economicos na formação e desenvolvimento dos grupos sociaes, para que della se faça aqui um

(1) Les lois sociologiques, p. 81.

exposto detalhado; pode-se affirmar que a tal escola deve a sciencia economica o feitio sociologico que lhe vêm imprimindo eminentes economistas e sociologos da Europa e da America, (2) cujos nomes é desnecessario enumerar.

Em uma critica que faz Karl Marx ás idéas reinantes, até o seu tempo, nos dominios da economia politica, lê-se que "as relações juridicas e as formas politicas não podem ser comprehendidas por si mesmas, nem tambem se explicam pelo que se chama desenvolvimento geral do espirito humano, mas têm as suas raizes nas condições da vida material. Na producção social indispensavel á sua vida quotidiana, os homens contraem certas relações ao mesmo tempo independentes da sua vontade, necessarias, determinadas. Estas relações de producção correspondem a certo grau de desenvolvimento de suas forças productivas materiaes. A totalidade destas relações forma a estructura economica da sociedade, a base real sobre que se eleva uma superstructura economica e juridica, e a que correspondem formas determinadas de consciencia social. A maneira de produzir da vida material determina de um modo geral o processo social, politico e intellectual da vida." (3)

Explica-se de accordo com este modo de ver a passagem das sociedades do regimen feudal para o regimen capitalista, movimento iniciado no correr do seculo XVII, isto é, quando

(2) Cf. R Maunier, L'économie politique et la sociologie, p. 176 a 177.

(3) Cit. de E. Seligman, L'interprétation économique d'l'Histoire, p. 45.

o capital começou a ser como que o nervo da organização industrial; explica-se a substituição dos mercados regionaes pelo mercado nacional, e o desdobramento dos mercados nacionaes em mercado internacional, cuja expansão cria uma vasta cadeia de interesses economicos, juridicos e politicos entre os povos mais afastados pela situação geographica, pela cultura, pela indole, pelas tradições. Afinal, descobre esta doutrina na producção das riquezas a força motriz das mutações historicas nas differentes aggremiações humanas, nos nucleos pouco heterogeneos das populações primitivas, como nos aggregados complexos que no planeta formam as nações e em cada nação as classes sociaes.

Outra escola que confere ao facto economico um caracter eminentemente sociologico é a que tomou entre os economistas allemães a denominação de *escola historica*: o facto economico é um dos aspectos do evolver das sociedades, entrelaçado com os costumes, com o direito, com as regras de conducta collectiva, facto que se corporifica em instituições, cujo molde é talhado pelo genio, pela historia, pelo *modus vivendi* de cada grupo. Eis em resumo a opinião de um dos proceres desta escola:

"Pelo costume o homem cria um novo mundo na natureza, o mundo da civilização. O homem alimenta-se instinctivamente, porém os costumes induzem-no a alimentar-se em horas certas segundo formas e com utensilios determinados: o frio obriga-o a cobrir-se, o uso cria as vestimentas, a moda, todos os productos de uma ordem mais elevada... A fome impelle o

caçador a matar a caça, o costume attribue-lhe a posse exclusiva della e cria assim a propriedade, de onde nascerá o direito de successão. Sem costumes bem estabelecidos, não ha mercado, nem troca, nem divisão do trabalho, nem castas, nem escravos, nem governos." (4)

Estudos procedentes não só de economistas, mas tambem de ethnographos, de sociologos e de historiadores patenteiam á influencia do phenomeno economico na origem e evolver da vida social.

Morgan, que divulgou profundas e pacientes observações sobre as sociedades primitivas, diz ser "provavel que as grandes epochas do progresso humano se identificam mais ou menos directamente com o desenvolvimento dos meios de subsistencia"; as mudanças que se passam no direito e na politica correspondem ás mudanças de forma e constituição da propriedade; a transição do clan ao regimen patriarchal, da familia polygamica á monogamica, assenta em uma base de ordem economica (5). O mesmo fundamento de ordem economica attribuiram ás sociedades domesticas, entre outros, Engels, Grosse e Cusow.

Entre os sociologos é commum a idéa de integrar-se o facto economico ao mundo social. Um dos mais famosos, Gumplowicz, chega a subordinar o estudo das acções economicas a um criterio puramente sociologico. Induz-nos a pensar que, emquanto prevalecer na sciencia

(4) Schmoller, Politique sociale et économie politique, p. 52.
(5) Ancient Society p. 19.

economica a velha doutrina individualista, nada de positivo, de exacto se poderá colher nesse dominio. Ao individuo impellido por sentimento egoistas ou altruistas, sentimentos que o fazem agir economicamente, oppõe grupos sociaes que lutam entre si, que se absorvem uns aos outros, no interior dos quaes a divisão do trabalho cria diversos typos socio-economicos: uns, vivendo em campos ferteis, tornam-se plantivoros e mais tarde agricultores; outros, vivendo á margem dos rios ou dos mares, entregam-se á pesca e depois se tornam navegantes e commerciantes; os que habitam os bosques e se alimentam da caça, transformam-se em criadores; finalmente, os que habitam territorios onde ha escassez dos meios de subsistencia, estes se entregam á pilhagem, tornam-se guerreiros e fundadores de Estados. (6)

Como Schaffle, Kovalewsky e muitos outros, crê aquelle sabio professor que a economia politica não pode prescindir das luzes da sociologia. Por outro lado, historiadores de renome salientam o papel do phenomeno economico actuando como factor predominante, ou como um dos grandes factores, na successão dos acontecimentos que marcam phases distinctas na vida de um povo:

Guiraud, que se deu a estudos historicos de economia politica, affirma que "as questões economicas tinham nas sociedades antigas como na nossa, uma influencia preponderante." Cicotti, Pohlmann, Nitzsche, Mommsen, não se

(6) Annales de l'Institut international de sociologie 1895.

esqueceram de apontar as condições de ordem economica entre as que influiram na formação e no progresso das instituições da antiguidade; e relativamente á historia medieval e aos tempos modernos o mesmo criterio seguiram G. des Marez, ao descrever as lutas sociaes em Flandres na edade media. J. Luchaire, no seu livro sobre as democracias italianas, Bernstein quando se refere ás correntes socialistas dominantes durante a Revolução ingleza e Lamprecht que faz depender do factor economico o desenvolvimento social e politico da Allemanha medieval.

A conclusão a tirar-se deste exposto summario é que uns procuram subordinar a vida social, sob os seus multiplos aspectos, ao phenomeno economico, aos processos de producção e circulação das riquezas, ao passo que outros consideram a vida economica um modo de ser da vida collectiva, sendo a sciencia economica neste caso, para economistas como Cliffe-Leslie, Ingram, Harrison, Cognetti de Martiis, Vierkandt, um ramo da sociologia que se não deve estudar em separado, mas tendo-se sempre em conta os outros departamentos da vida social.

***

O nosso modo de pensar é que o phenomeno economico não pode ser por si só o substrato das outras formas da evolução social, da religião, da moral, da arte, do direito, da politica,

nem tão pouco pode ser encarado exclusivamente no ponto de vista sociologico.

O erro da theoria materialista da historia, já escrevemos em outra parte, (7) está em reduzir ao phenomenismo economico todas as manifestações da vida social. Mas, como no organismo, as funcções puramente nutritivas não se confundem com as funcções mentaes, assim na sociedade ha factos que se não podem tomar como simples epiphenomenos do facto economico. Si este actua de modo profundo no evolver social, soffre por seu turno a influencia da religião, dos costumes, do direito, da politica. Pode-se dizer como R. Stammler que "não é philosophico pretender que uma categoria qual quer de relações sociaes seja a causa geral ou a explicação das outras relações sociaes"; todas se prendem não só por laços de causalidade, mas principalmente por laços estreitissimos de interdependencia.

Como exemplo citemos a religião, a arte, a moral e a politica. Nas sociedades primitivas e entre os selvagens percebe-se com clareza que si a vida economica concorre para a formação dos mythos, observa-se por outro lado que o trabalho, o commercio, o consumo das riquezas são regulados pelo rito, pelo ceremonial dos cultos, que lhes imprime muitas vezes um relevo rigorosamente formalistico.

Sabe-se pela voz de Heriodo que entre os gregos designava Jupiter um dia de descanço em cada mez, e outros para taes e taes occupações. E. Curtius, falando tambem da Grecia

(7) O Estado, sua funcção administrativa, p. 83.

antiga, diz que "os logares sagrados do paiz eram centros de transacções commerciaes consideraveis que achavam a paz e a segurança nos portos sagrados, nas vias sacras e na vizinhança dos templos, ao passo que no resto do mundo reinava a lei selvagem do mais forte... De Roma nos conta Mommsen que as feiras ali coincidiam com a festa no templo federal sobre o Aventino; o repouso prescreviam-no os deuses a senhores e escravos, e a vendagem era precedida de ceremonias religiosas que celebrava o Flamen Dialis. Na antiga Inglaterra, escreve Mrs. Green, era a egreja o local onde "a communidade sempre se reunia para toda especie de negocios, para ouvir as contas da cidade, para repartir as terras possuidas em commum, para estabelecer concessões de propriedades, para ajustar soldados e eleger o prefeito." (8)

Ainda hoje, no interior dos paizes onde a população é pouco densa e os meios de transporte difficeis, as feiras e as festas religiosas se realizam no mesmo dia. Nos sertões brasileiros são de alta importancia para o productor, para o commerciante, para a massa total dos consumidores, os grandes festejos consagrados pelo catholicismo aos santos que mais prestigio gosam entre os seus sectarios.

A arte e a vida economica egualmente se interdependem: ora são as condições economicas que retardam ou estimulam o desenvolvimento das artes; ora são as artes que imprimem

(8) Cf. Herbert Spencer. Les institutions professionelles et industrielles, p, 184 a 289.

a phenomenos economicos um valor esthetico. Assim, os objectos de luxo tantõ se estimam economicamente como artisticamente. Segundo Grosse, "entre os povos primitivos uma forma da arte corresponde por toda a parte a uma forma dada de producção. Hornes, si bem que com exaggero, crê que os povos caçadores cultivam uma arte realista, e os industriaes uma arte idealista. Mais exacto, porém, é o que se dá com as artes plasticas; ellas "são sempre extremamente desenvolvidas nos povos caçadores: porque a caça lhes dá ao mesmo tempo em alto grau a faculdade de ver, de observar e de reter as formas naturaes, e tambem desenvolve nelles os apparelhos motores e sensiveis que entram em actividade durante o trabalho artistico. (9)

Quanto á moral, é bem conhecida a preoccupação dos economistas relativamente ás connexões que ella offerece com a vida economica. Basta que se abra qualquer compendio de economia politica para têr-se a certeza de quanto os problemas moraes impressionam aos espiritos praticos como aos theoricos; diz-se mesmo que a questão social é simplesmente uma questão moral, e são innumeras as associações humanitarias em cujo programma figura o desejo de reformar a sociedade, ou esta ou aquella classe social, pela melhoria das condições economicas em que se encontram.

Na vida politica dos grupos sociaes resalta o mesmo phenomeno de interdependencia e

(9) Cf. R. Maunier; ob. cit. p. 132.

de reacções reciprocas: si os systemas de propriedade, a necessidade de defender a riqueza collectiva e individual dos assaltos do inimigo externo, si a garantia dos direitos do individuo aos meios de subsistencia; si o mecanismo da troca, as crises que assolam as classes menos favorecidas, as aspirações de bem-estar das massas populares, imprimem modificações sensiveis á estructura e ao funccionamento do poder politico, este, por sua vez reage sobre o conjuncto de relações, sobre o curso dos factos, sobre o feitio das instituições, em que se crystaliza o dynamismo das forças economicas.

No ponto de vista doutrinario é grande o valor scientifico, como vimos anteriormente, que os economistas da escola historica conferem ao papel dos costumes no desenvolvimento da vida economica e das suas instituições.

Exaggeram, entretanto, essa influencia, porque o costume está, como facto social, ligado a circumstancias multiplas entre ellas a de ordem economica; antes de ser um facto gerador de relações sociaes, resulta de outros que o precederam; estabelece-se e perpetua-se após a repetição de uma serie de actos, identicos ou analogos entre si, actos que praticam individuos associados no mesmo *habitat*, ou que ligam os mesmos interesses, sendo estes os economicos, os moraes, os juridicos, etc. Em summa; o costume emana de uma necessidade, de um sentimento, de uma crença, de uma idéa, que se irradia de uma camada a outras camadas do mundo social, fixando-se em regras, incarnando-se em symbolos, petrificando-se em ha-

bitos, constituindo-se uma especie de bloco de granito, sobre o qual se elevam e se mantêm as civilizações estaveis.

O facto economico tem as suas raizes nas necessidades vitaes dos seres, e si estes vivem associados, reveste-se naturalmente de uma forma social. O que se dá com a vida economica, acontece egualmente com a religião, com a moral, com a arte: são factos que assentam em um substrato physio-psychologico, mas tomam um relevo sociologico, porquanto se manifestam no individuo fazendo parte de uma sociedade e por esta educado. Elle resulta de condições de ordem physica, vital, psychica e social: o clima, a topographia do solo, as vias naturaes de communicação, as jazidas de metaes preciosos, a chimica dos terrenos são a materia prima que o trabalho physico e intellectual modifica, transforma e utiliza; a flora e a fauna, os processos de multiplicação e de aperfeiçoamento das especies; as qualidades ethnicas do grupo social, o genero de alimentação, a natalidade e a mortalidade entram entre as condições de ordem biologica; o modo por que o homem encara as relações economicas, o valor das cousas, o instincto de acquisição dos meios de subsistencia, o sentimento da propriedade; novos gostos, novas necessidades que nascem e se apuram com a civilização, formam um copioso manancial de experiencias que egualmente interessam ao economista e ao psychologo. Os systemas de propriedade, a regulamentação juridica das actividades productivas e da circulação das riquezas, a organização de classes, o mecanismo financeiro do Estado etc. são

factos communs á economia, ao direito e á politica.

Assente sobre esse complexo de condições, a vida economica torna-se o campo de uma sciencia autonoma com os seus processos de busca, com principios inherentes á sua propria systematização; não é um simples capitulo da sociologia, é uma das suas vastas especializações; ao mesmo tempo que relações intimas se estabelecem entre ella e a psychologia, a biologia e as sciencias do mundo inorganico. Certamente não é á sociologia que compete dar á economia esclarecimentos sobre o grau de resistencia do individuo ao trabalho; sobre o espirito de iniciativa de um industrial; sobre as cogitações profundas do espirito humano que conduzem ás grandes descobertas; mas á biologia e á psychologia que estudam as condições vitaes e psychicas do organismo que, antes de se adaptar a um ambiente social, se adapta ao ambiente physico. A fertilidade ou a esterilidade do solo, a amenidade ou o rigor do clima, os accidentes geographicos actuam de modo particular na economia individual e de modo geral na economia do grupo. Em synthese, o phenomeno economico é uma forma de adaptação que se procede por uma serie de reacções organicas, psychicas e sociaes correspondentes a uma serie de necessidades de conservação e desenvolvimento, tambem organicas, psychicas e sociaes, do individuo e do aggregado.

Dr. Joaquim Pimenta.

Direito Civil

O fideicommisso fica perempto pela morte do fideicommissario? No caso affirmativo a quem pertence o fideicommisso?

I

Entre as multiplas theorias de direito civil, que mais têm occupado os civilistas de todos os tempos e de todos os paizes, avulta a relativa aos fideicommissos, como uma das mais difficeis, e que, talvez por isso mesmo, maior numero de divergencias tem produzido, até mesmo sobre pontos de doutrina em que parece impossivel a discordancia (1).

Foi porém, essa mesma difficuldade, insuperavel á primeira vista, e entretanto sempre relativa, como soem ser todas as que se referem ao *cosmos* psychologico em suas relações com os

(1) « Il n'y personne qui ne doive s'etonner quand il consideréra que la matière des substitutions est celle qui a servi davantage à grossir les volumes de nos jurisconsultes, sur l'aquelle ils ont le plus travaillé, et qui a été plus fréquemment agitée dans l'E'cole, et qui, néanmois, ce soit celle dans laquelle il reste plus d'obscurité.» Ricard, Traité des substitutions.

factos da vida natural e civil, que nos fez escolher de preferencia a presente these, não porque pretendamos levar a luz e delimitar a verdadeira trilha no campo informe, em que os mestres caminhão tacteando por veredas tortuosas e oppostas, mas simplesmente porque, escolhendo-a para objecto de nosso trabalho, teriamos uma maior obrigação de estudar essa tão temivel esphinge, e adquirir ao menos algumas noções, que nos faltavão.

Sirva-nos esta ingenua confissão de excusa para as lacunas e imperfeições que necessariamente hão de ser notadas n'esta tão limitada quão ardua apreciação, a que nos vamos entregar.

O fideicommisso ou substituição fideicommissaria (que em nosso direito importa a mesma cousa), esse amigo dos governos monarchicos, na phrase de Montesquieu, teve sua origem no Direito Romano, não no tempo dos primeiros reis ou dos imperadores, mas no tempo da Roma republicana. Não foi porém a lei escripta, nem a lição dos jurisconsultos (*prudentes*) que creou-o e fel-o immiscuir-se no mundo juridico. Ao contrario, a causa occasional de sua existencia foi justamente a necessidade, que tem os povos, de oppôr-se ou illudir o rigorismo da lei, quando esta coarcta algum direito que decorre da propria liberdade individual, como é o direito de testar.

Sabe-se que o Direito Civil Romano, o *ipsum jus*, como o chamavão os jurisconsultos, tinha creado muitas incapacidades, quer quanto ao direito de testar, quer quanto ao de receber por testamento. Assim o peregrino, o latino, as mulheres nos casos determinados pela lei Voconia, os proscriptos, os libertos dediticios, os filhos

familias, os posthumos ou quaesquer outras pessoas incertas, como as municipalidades, collegios etc., não podião ser objecto de liberalidades testamentarias, porque a lei as considerava incapazes.

Acontecendo frequentemente ficarem sem valor as disposições testamentarias pela incapacidade do herdeiro instituido ou legatario, procurou-se um meio de remover a difficuldade e nullificar a prohibição legal, e nada de melhor acharam os testadores do que instituir um herdeiro capaz, ou mesmo um legatario, e pedir-lhe para entregar a herança ou uma parte d'ella á pessoa designada, cuja incapacidade impedia-a de figurar no testamento no caracter do herdeiro ou legatario. Chamava-se isso—*commitere fidei heredes* (confiar na lealdade do herdeiro), ou simplesmente *fideicommitere*. D'ahi veio tambem que a herança ou qualquer objecto, confiado ao herdeiro com aquella condição, chamou-se *fideicommissum*, isto é, *confiado á fé ou lealdade*; porque, não podendo nem devendo, a lei prestar sua sancção a essas disposições que a infringião, sómente da lealdade do herdeiro ou legatario (*fiduciarius*) instituido dependia a realisação da vontade do testador.

Entretanto é preciso notar que o fideicommisso nem sempre era empregado para illudir as prohibições legaes. Acontecia muitas vezes que um cidadão romano, estando fóra da patria e em lugar onde não podia testar com as solemnidades exigidas pelas leis romanas, escrevia a seu herdeiro *ab intestato*, pedindo-lhe para entregar toda ou parte da herança á pessoa (*fideicommissarius*) que lhe era designada (2).

(2) « Sed ide fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur pater familias sponte sua

Por um outro motivo porém, o certo é que este modo de disposição de ultima vontade pareceu tão commodo, que em pouco tempo os fideicommissos adquiriram o assentimento publico, e tornaram-se extremamente numerosos. Mas, como os fiduciarios não erão obrigados a restituir senão por sua consciencia, acontecia que poucas vezes era cumprido o fideicommisso, embora já nos ultimos tempos da republica fosse considerado com desprezo o fiduciario que, abusando da confiança do testador, deixava de entregar os bens fideicommittidos.

O escandalo chegou a tal ponto que Augusto ordenou aos consules que interpuzessem sua autoridade para fazer executar o fideicommisso; e pouco depois foi preciso crear um pretor especial para julgar n'essa materia, prestando-lhe o soccorro de sua autoridade, toda a vez que o fideicommisso não violasse a lei, e sómente procurasse modificar o excessivo rigor do direito civil (3).

Chegado a este ponto o fideicommisso, é manifesto que, não podia deixar elle de perder o caracter de instituição cavillosa, que d'antes tinha, e tornar-se um verdadeiro meio legal de realisar uma disposição *causa mortis*. Mas tambem, tornando-se uma instituição sanccionada

his relinquere legitimam hereditatem.» Dig. L. 8 § 1, *de jure codicil.*, Liv. 29 Tit. 7.

(3) E' o que diz Justiniano nas Instit. Liv. 2.º Tit. 23 § 1.º: « Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populore erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque erorum favor factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.»

pela lei, não podia o seu exercicio deixar de ser regulado pela mesma lei, que então procurou determinar-lhe a forma, condições, effeitos etc.

Não pretendemos, nem nos é possivel, fazer uma verdadeira apreciação de todas as modificações que posteriormente soffreu essa instituição, nem das innumeras leis que forão promulgadas com o fim de garantir os direitos, quer do testador, quer do fiduciario, quer do fideicommissario. Procuraremos sómente synthetisar em ligeiros traços essas modificações.

Nos primeiros tempos ainda os fideicommissos erão empregados para illudir as prohibições da lei Voconia (4); mas no tempo de Ulpiano sómente podião receber por fideicommisso os que podião receber por legado, isto é, ficaram niveladas todas as incapacidades hereditarias. Entretanto os fideicommissos continuaram a ser uteis sob outros pontos de vista, visto como por meio d'elles podião-se realisar indirectamente certas disposições, cuja realisação directa era impossivel; assim, podia-se constituir herdeiro *ex certo die ou ad certum diem*, confiar uma restituição a um legatario, emfim beneficiar para o futuro uma pessoa que na epocha da abertura da successão era *alieni juris*, e portanto incapaz de herdar.

Convem tambem notar que, se na epocha em que os fideicommissos tornaram-se legaes e obrigatorios, o fiduciario (herdeiro ou legatario) devia entregar immediatamente ao fideicommissario o objecto do fideicommisso, posteriormente porém foi-lhe permittido conservar por algum

(4) A lei Voconia prohibia ao testador legar a cada legatario mais do que devia ficar ao herdeiro ou herdeiros. Foi abrogada pela lei Falcidia.

tempo, e mesmo até sua morte, os bens comprehendidos no fideicommisso (5).

Pouco a pouco tambem os fideicommissos tornaram-se graduaes, como o provão muitos textos do Digesto, e principalmente a Lei 32 § 6 *de legat* 2.º (6); por meio d'elles os bens erão perpetuados em uma familia, passando de um primeiro fideicommissario a um segundo, d'este a um terceiro, e assim por diante, sem que nenhum dos possuidores podesse aliena-os ou mesmo hypothecal-os.

Entretanto, sendo o fideicommisso perpetuo um grave attentado aos interesses sociaes, ordenou Justiniano na Novella 159 que o direito que tinha o testador de immobilisar os bens fideicommittidos, quer na propria familia, quer em familia estranha, não podia ir além do quarto gráo, e que portanto esses bens tornar-se-hião livres depois de quatro restituições (7).

Tal era o systema das leis romanas relativas ao fideicommisso, quando tornarão-se o typo da legislação de quasi toda a Europa, fornecendo

(5) E' o que se vê na L. 65 § 1.º, Dig. *ad senetus cons. Treb.*, Liv. 36 Tit 1.º nas palavras: «Idem in cœteris quoque conditionibus Julianus probat, quæ similiter nisi fine vitæ expleri non possent»; e na L. 41 § 13 Dig. *de legat.* 3.º, Liv. 32: Scævola respondit: quum heres scriptus rogatus esset, quum volet, alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum. Claudius: post mortem enim utique creditur datum.»

Essas duas leis podem ser consideradas como a origem legal da substituição fideicommissaria do direito moderno.

(6) «In fideicommisso quod familiæ reliquitur, hi ad petitionem ejus admitti poscunt, qui nominati sunt, au post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.»

(7) «His vero etiam defunctis, ut quatuor generationes jam præteriisse videantur, non pratiamur tam veterem causam in judicia deduci, etc.»

á antiga nobreza a melhor base para o estabelecimento do feudalismo.

A este respeito diz um notavel escriptor. «*C'est cette corruption d'une sorte de dispositions, excellente dans son principe puisq'elle avait ramené l'iniquité romaine aux conditions du droit véritable; c'est cette corruption, disions nous, qui étant allée toujours grandissant sous les Bas-Empire, fut avidement recueillie par l'imbecilité aristocratique du moyen âge, et qui, qualifié à son tour de substitution devinit l'un des plus importants auxiliaires du système monarchique et féodal*» (8).

Foi porém sómente pelo abuso a que se prestou essa instituição que levantou-se contra ella uma cruzada universal, dizendo-se que a substituição fideicommissaria é uma instituição contraria ao direito e ao interesse economico, porque gravando de immobilidade os bens fideicommittidos, fere o direito de propriedade do fiduciario, e impede que este possa modificar ou melhorar esses mesmos bens, que ficarão estacionarios e ameaçados de anniquillamento. Foi por este mesmo motivo que quasi todos os codigos das nações modernas a têm considerado uma instituição prohibida, porque, como diz Stuart Mill, *o direito de testar pode ser exercido de modo a offender os interesses permanentes da raça humana* (9).

II

Após as ligeiras apreciações, que acabamos de fazer sobre a origem e desenvolvimento do

(8) Emile Acollas, *Manuel de Droit Civil*.

(9) «The pliwer of hequest may he so exerciseda as to conflict witg the permanent interests of the human rate.» Principles of Political Econonomy, Tom. 1.º pag 273.

fideicommisso, precisamos consideral-o em nosso direito patrio.

E' quasi inutil dizer que a nossa legislação é absolutamente deficiente sobre este ponto. Apenas a Ord. Liv. 4.º Tit. 87, que dispõe acerca das substituições dos herdeiros, depois de tratar nos §§ 1.º a 11 acerca das substituições vulgar, reciproca, pupilar, e exemplar, define no § 12 o que seja *substituição compendiosa: « Substituição compendiosa é a que um testador faz ao herdeiro, que instituio, quando quer que elle fallecer. E chama-se assim, porque debaixo de um compendio de palavras contêm em si muitas substituições de differentes naturezas: a forma em que se faz é esta: Instituo por meu herdeiro a Pedro; e quando quer que elle fallecer, depois de sua morte, seja herdeiro Paulo.»*

Pela definição que acabamos de transcrever vê-se que aquella Ord. refere-se evidentemente á substituição fideicommissaria. Será porém essa instituição odiosa e enervante, abolida por quasi todos os codigos modernos, que foi adoptada por nossa Ordenação? E' realmente essa mesma instituição, privada, porém, de seu caracter odioso, e portanto juridica e conveniente; porquanto, como se vê da definição apresentada no principio da citada Ord. (10), a substituição fideicommissaria não se estende além da primeira geração, e portanto após a transmissão do fideicommisso do fiduciario para o fideicommissario, tornão-se os bens inteiramente livres, e completo o dominio do mesmo fideicommissario, que não póde mais ser sujeito a gravame algum.

Temos tambem a Ord. Liv. 2.º Tit. 26, § 23,

(10) « Substituição é a instituiçao do herdeiro feita pelo testador em SEGUNDO GRÃO.»

que mostra ter sido adoptada entre nós a substituição fideicommissaria do ultimo periodo do Direito Romano, que prohibia poderem receber por fideicommisso os incapazes de receber por legado; porquanto, tratando essa Ord. dos direitos Reaes ou da Corôa, diz no cit. §: « Item (Direito Real) « toda a cousa, que é deixada em « testamento, codicillo, ou ultima-vontade, a algum « herdeiro, testamenteiro, legatario, ou fideicom- « missario, e elle é rogado tacitamente pelo tes- « tador de a entregar depois de sua morte a « alguma *pessoa incapaz;* porque em tal caso « aquillo que assim é deixado tacitamente por « defraudar a Lei, é applicado ao Fisco, e feito « direito Real.»

Temos finalmente os Alvarás de 7 de Junho de 1755 § 50, de 10 de Setembro de 1756 § 46, e de 13 de Agosto de 1759 § 57, que permittem estabelecer *fideicommisso temporal ou perpetuo* em acções de certas companhias; bem como alguns Regulamentos e Avisos nossos, de que opportunamente fallaremos.

E' pois manifesto que em nosso direito patrio existe a substituição fideicommissaria em um só grão, e com a condição de que o fideicommissario seja pessoa capaz de receber por testamento.

Sobre isto diz Almeida e Souza, annotando o Liv. 3.º, Tit. 5.º § 55 de Mello Freire: «Arguio « Mello os Philippistas, porque, não tratando os « Codigos Affonsino e Manoelino da espinhosa « materia das substituições, elles, guiados pelo « Direito Romano, deduzirão d'este e escreverão « na Ord. Liv. 4.º Tit. 87 as regras geraes ahi « estabelecidas; porém, se a Ord. Affonsina e a « Manoelina fazião em geral subsidiario o Di- « reito Romano sem o reprovarem n'esta parte,

« tão longe de ser n'elles censuravel estabelece-
« rem essas regras omissas nas precedentes legis-
« lações, foi n'elles louvavel estabelecel-as como
« lei viva etc.»

Entendemos que os legisladores Philippistas forão sabios e previdentes, estatuindo aquellas regras sobre as substituições, e quiçá mais previdentes do que os legisladores estrangeiros que aboliram inteiramente as substituições fideicommissarias porquanto: 1.º Pelo facto de nada terem disposto as ordenações Affonsina e Manuelina sobre os fideicommissos, não se conclue que não tivesse elles existido no direito portuguez; sendo ao contrario certo que existiram; e o proprio Mello Freire nos dá noticia de alguns, dizendo que erão regulados *magis moribus quam legibus.* (11). 2.º A prohibição dos fideicommissos pelos Codigos estrangeiros tem dado origem a uma infinidade de demandas interminaveis, pelas difficuldades de se conhecer qual seja a instituição com caracter de fideicommisso, que a lei prohibe, e qual a que permitte; tornando-se portanto maior a outros respeitos o mal que se pretendeu evitar. Regulada pois a substituição fideicommissaria, como o faz o cit. Ord. Liv. 4.º Tit. 87, entendemos que é ella uma instituição juridica, rasoavel e mais conveniente do que a prohibição dos Co-

(11) Alem do testamento da rainha Santa Izabel, em que instituia sua filha D. Beatriz, como fiduciaria, e por morte d'esta, sua neta D. Maria, como fideicommissaria, *de sua coroa de esmeraldas,* alem de outras deixas d'esse caracter feitas por outros reis de Portugal, vê-se que no tempo das Ords. Affonsinas o proprio rei D. João 2.º no testamento por elle feito em beneficio de D. Manoel, inserio um verdadeiro fideicommisso, como consta das seguintes palavras: « Que nam hauendo ho dicto D. Emanuel Duque de Beja, filhos legitimos, que em tal caso seu filho dom George succedesse por fallecimento no Regno.» Damião de Góes, Chronica d'El-Rei D. Manoel, cap. 1.º.

digos modernos, que, querendo evitar abusos, o fizerão de modo a cahir em outros, se não maiores, pelo menos iguaes.

A este respeito diz o Sr. Conselheiro Teixeira de Freitas em um notavel artigo, publicado no *Direito*. Vol. 9, pag. 15: « O direito moder-
« no propende para o usofructo. Propendo eu
« para o fideicommisso, para a substituição fidei-
« commissaria, como no Direito Romano; com-
« tanto que no espirito da nossa legislação, qual
« a da Ord. Liv. 4.º Tit. 87 *princ.*, se não passe
« de tres, a saber: do testador, do fiduciario e
« do fideicommissario, nada mais além».

III

Firmado por esse modo o que seja fideicommisso por nosso direito, encetaremos a apreciação da these, que escolhemos para dissertar.

A pergunta da Faculdade envolve duas questões absolutas, cada uma das quaes pode ser decomposta em outras questões relativas.

Pergunta-se em primeiro lugar: *O fideicommisso fica perempto pela morte do fideicommissario?*

No vasto campo da theoria, e mesmo do direito constituido, o fideicommisso pode ser instituido, quer em disposições *causa mortis*, quer por actos *inter vivos*. N'elle devem sempre figurar, pelo menos, tres pessoas: o testador ou doador fideicommittente, o herdeiro, legatario ou doado fiduciario, e o substituto d'este, que é o fideicommissario.

Sendo assim, e perguntando-se de um modo absoluto se o fideicommisso fica perempto pela morte do fideicommissario, sem precisar-se o momento juridico d'essa morte, é nos indispensavel

figurar diversas hypotheses, e vêr se, em todas ellas a solução deve ser a mesma.

Deixando de parte por desusados os fideicommissos constituidos por actos *inter vivos* e as varias especies dos estabelecidos *causa mortis* (*puro, a praso e condicional*), não só porque a redacção de nossa these parece excluil-os, como porque na linguagem juridica moderna o termo—fideicommisso,— desacompanhado de qualquer qualificativo, significa geralmente o fideicommisso condicional *quum morietur,* estabelecido por acto de ultima vontade, vejamos entretanto assim a quantas hypotheses se pode reduzir aquella these.

A morte do fideicommissario pode ter lugar ou antes da do testador, ou depois da morte d'este, mas antes da do fiduciario, ou finalmente depois da do fiduciario, porém antes de lhe serem entregues os bens fideicommittidos. D'ahi a existencia de tres questões em que aquella se pode subdividir:

1.ª Morto o fideicommissario antes do testador fica perempto o fideicommisso?

2.ª Morto o fideicommissario depois do testador, porém antes do fiduciario, fica perempto o fideicommisso?

3.ª Morto o fideicommissario depois do testador e do fiduciario, mas antes de haver recebido os bens fideicommittidos, fica perempto o fideicommisso?

Parece-nos escusado declarar que, se por ventura respondermos pela affirmativa a todas ou a algumas d'essas questões, teremos necessariamente de responder á segunda parte da these, isto é, *a quem pertence o fideicommisso*, tambem de accordo com cada uma das hypotheses em que divimos a

primeira parte, além de algumas outras, que são especiaes a ultima parte.

Devemos tambem declarar, antes de encetar a discussão d'aquellas questões, que somente a segunda hypothese é controvertida, e que, parece-nos, somente a esta referio-se a Faculdade, quando apresentou a these.

Entretanto, como preferimos peccar por excesso, a cahir em omissão, e como por outro lado a pergunta foi feita do modo mais vasto possivel, trataremos de todas as hypotheses, começando pela

1.ª *Questão. Morto o fideicommissario antes do testador, fica perempto o fideicommisso? No caso affirmativo, a quem pertence o mesmo fideicommisso, ao fiduciario* (herdeiro ou legatario) *instituido, ou aos herdeiros legitimos do testador?*

A nossa legislação é inteiramente omissa, quer quanto á solução d'esta questão, quer relativamente a todas as outras que temos de tratar. Por conseguinte na resolução das mesmas temos de recorrer, ou ao Direito Romano, ou aos Codigos das nações cultas, como manda a Lei de 18 de Agosto de 1769.

Recorreremos ao Direito Romano, combinadamente com a doutrina, principios de direito e opinião dos escriptores, e posteriormente provaremos ser esta a unica via juridica, que nos era dado seguir.

E' principio corrente e universal em direito que o herdeiro instituido ou legatario adquire o direito á herança desde o momento da morte do testador; antes porem nenhum direito lhe assiste ainda mesmo que lhe sejão conhecidas as disposições testamentarias.

Ora, se o herdeiro ou legatario não tem di-

reito algum em vida do testador, com maioria de razão não o pode ter o fideicommissario, para quem nem mesmo existe ainda a *spes debitum iri.*

Conseguintemente, morrendo o mesmo fideicommissario antes do testador, o fideicommisso cessa de existir, e considera-se mesmo como nunca tendo existido. E' tão clara e juridica esta doutrina que julgamos inutil insistir sobre ella.

Morrendo porém depois o testador, e encontrando-se no testamento essa instituição fideicommissaria, já caduca, a quem devem ser entregues os bens fideicommittidos, ao fiduciario ou aos herdeiros legitimos do testador?

Parece a primeira vista que, tendo o fiduciario somente uma propriedade provisoria e incompleta, e que devendo o fideicommissario ser posteriormente o verdadeiro senhor dos bens fideicommittidos, desde que caduca o fideicommisso, nenhuma razão ha para dar-se a propriedade plena ao fiduciario, com exclusão dos herdeiros legitimos do testador.

Todavia, analisando-se a substituição fideicommissaria, vê-se que ha n'ella duas disposições distinctas: uma pela qual o testador institue um herdeiro ou legatario de seus bens, e outra pela qual este herdeiro ou legatario é obrigado a conservar e transmittir por sua morte esses mesmos bens a um terceiro; portanto, ha no fideicommisso: 1.º uma instituição de herdeiro; 2.º uma substituição.

Pela morte do fideicommissario antes do testador, desapparece o substituto, e caduca portanto a substituição; nada porem concorre para que caduque tambem a instituição do herdeiro, que aliás pode perfeita e juridicamente existir sem aquella. Logo, se continúa a existir a ins-

tituição do herdeiro, não pode este deixar de ter direitos á herança ou legado, e esses direitos, a não ser que o testador os tenha expressamente limitado ao usofructo, não podem deixar de ser os de plena propriedade.

Esta era a theoria do Direito Romano, onde na L. 17 Dig. *de legat.* 2.º Liv. 31 se dispõe que, sendo fiduciario o legatario, e não o herdeiro, e morrendo o fideicommissario antes do testador, deve o legado pertencer ao fiduciario, e não ao herdeiro legitimo (12).

Vejamos porem a

2.ª *Questão. Morto o fideicommissario depois do testador, porem antes do fiduciario, fica perempto o fideicommisso? No caso affirmativo, a quem pertence o mesmo fideicommiso?*

E' esta a magna questão comprehendida na these que nos apresentou a Faculdade, e cuja solução demanda um mais longo desenvolvimento.

As opiniões divergem e os escriptores e legisladores dividem-se para diversos lados. Entendem uns que tendo o fideicommissario adquirido desde a morte do testador um direito resoluvel ao fideicommisso, deve transmittir esse direito a seos herdeiros se morrer antes do fiduciario, e que portanto não se extingue o fideicommisso. Outros entendem que o fideicommisso extingue-se ou fica perempto; mas nem todos, que assim pensam, estão de accordo sobre a pessoa a quem devam pertencer então os bens fideicommittidos, dizendo uns que ao fiduciario, e outros que aos herdeiros legitimos do testador.

(12) « Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit ut ea restitua Mœvio, Mœviusque fuerit mortuus: Titil commodo cedit, non heredis: nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit.»

Antes de manifestar nossa opinião sobre a questão, faremos uma ligeira excursão no campo da doutrina e do direito moderno, a vêr como pensam os escriptoros, e o que dispõem os Codigos das nações cultas sobre a especie de que nos occupamos.

Entre os escriptores que têm sustentado a incaducidade do fideicommisso, quando o fideicommissario morre antes do fiduciario, sobresahe Mello Freire, como o primeiro que indirectamente introduzio essa doutrina no direito portuguez.

Diz esse escriptor no Liv. 3.º T. 6.º § 13 de suas Inst. Jur. Civ.: « Morto o herdeiro depois « do testador, pendente condição da sua institui- « ção, transmitte-se para seos filhos, não a mesma « herança, mas o direito hereditario, ou *spes de-* « *bitum iri*, que o Direito Romano concedeo nos « contractos, e negou nas ultimas vontades.» O mesmo affirma no T 7 § 15 em relação ao legatario.

Convem desde já notar que dissemos ter Mello Freire introduzido *indirectamente* essa doutrina no direito portuguez, como se vê do texto transcripto, não se refere elle expressamente ao fideicommissario, mas sim ao herdeiro ou legatario condicional em geral; e o fideicommissario é, e não pode deixar de ser considerado um herdeiro ou legatario condicional.

Seguindo a Mello Freire, ensina Coelho da Rocha—Inst. de Dir. Civ. Port. § 719 — que «o « fideicommisso não caduca, se o fideicommissa- « rio morre antes do fiduciario, porque passa o « direito a seus herdeiros».

« Correa Telles (Man. dos Tabell. § 225) diz que, « muito embora o fideicommissario morra « antes de ser entregue do fideicommisso, trans-

« mitte a seus herdeiros o direito de o pedir », embora já tivesse dito em seo Dig. Port. Tom. 1.º art. 62 que « em regra a herança ou legado caduca, « se o herdeiro ou legatario morre antes de ve- « rificada a condição».

Loureiro (Inst. de Dir. Civ. Braz.) diz no « paragrapho 416: « No legado e fideicommiso « deixado debaixo de condição suspensiva, o le- « gatario e o fideicommissario adquirem logo « desde a morte do testador direito resoluvel ao « legado ou fideicommisso, e transmittem esse « mesmo direito a seos herdeiros, se fallecem « antes de verificar-se a condição».

E accrescenta no § 418:

« O fideicommisso extingue-se: 1.º no caso « em que o fideicommissario se torna incapaz, ou « indigno, ou morreu antes do testador; não « porém assim, se morreu antes do fiduciario, e « depois do testador, porquanto n'este caso « passa o direito para seos herdeiros».

Esta mesma opinião seguem Gouveia Pinto (Trat. dos Test.), e alguns outros.

Vejamos agora quaes os escriptores, que pensam de modo contrario.

Velasco (Consultationes, consult. 139, n. 5) diz: « *Secundum multum suffragatur, quod licet relitum sub conditione vel die incerto, sive per viam legati aut fideicommissi aut hereditatis, decedente fideicommissario ante adventum conditionis, vei diei incerti, fiat caducum*».

E accrescenta no n. 14

« *Si fideicommissarius moritur pendente conditione, non transmittatur etiam ad filios*».

Meirelles (Repert. Jur. n. 1528) segue a mesma opinião: « *Fideicommisso*: caduca si o fi- « deicommissario fallece em vida do gravado».

Hintze Ribeiro, em seo tratado dos Fideicommissos, pag. 107, depois de ter apreciado a divergencia que sobre essa questão houve no foro de Portugal, antes da publicação do novo Codigo Civil Portuguez, conclue da seguinte forma: « De « todo o exposto se colhe que os principios pre- « dominantes na jurisprudencia patria, envol- « vião uma negação formal da successão no *spes* « *debitum iri.*

« E não era isto mais do que uma verdadeira « coherencia; a corrente dos doutores, pugnando « pelo aphorismo — *dies incertus pro conditone* « *habetur*, — delle extrahia tres conclusões logicas « e irrecusaveis; taes forão: 1.º os fideicommissos « permittidos pela Ord. Liv. 4.º Tit. 87, são todos « condicionaes; 2.º a propriedade pertence ao « fiduciario até cabal implemento da condição; « 3.º se o fideicommissario morre primeiro que « o fiduciario, a condição deixa de ser cumprida, « por isso caduca o fideicommisso ».

Entretanto, apezar de ultimamente ter sido firmada essa doutrina no fôro de Portugal, não se segue d'ahi que tivesse havido anteriormente uniformidade no modo de pensar entre os juristas, que se occuparam d'essa questão. E' assim que a propria Associação dos Advogados nem sempre resolveo-a do mesmo modo; e para prova disto apontaremos os seguintes factos, que menciona o mesmo escriptor.

Em 25 de Maio de 1842, affirmou aquella Associação que o fideicommissario, estando vivo ao tempo da morte do testador, adquiria direito á successão embora só realisavel no futuro, e que por isso, fallecendo antes do fiduciario, os seos herdeiros podião, posteriormente á morte

deste ultimo, intentar a acção de petição de herança.

Em Janeiro de 1844 affirmou o contrario, isto é, que o fideicommisso, de verificação ulterior á morte do fiduciario, era condicional, e como tal caducava, quando o fideicommissario morresse *antequam dies cederet.* Em 21 de Fevereiro do mesmo anno corroborou essa mesma affirmação. Em 4 de Dezembro de 1847, decidio de um modo ambiguo, invocando como suprema lei, para decidir a questão, a vontade do testador. Finalmente, em 26 de Outubro de 1855, firmou a doutrina de que, para a substituição ser valida, era mister que o fideicommissario sobrevivesse ao fiduciario.

Entre nós encontra-se a mesma divergencia. De um lado o Sr. Conselheiro Teixeira de Freitas ensina na nota 14 ao art. 420 (3.ª ediç.) de sua Consol.: « A condição suspensiva, até que « se cumpra, impede direito adquirivel, só dá ao « credor a esperança — *spes debitum iri* — trans- « missivel *causa mortis* para o nú proprietario no « usofructo; e uma esperança theologal—*spes do- « minium iri* — intransferivel *(in) causa mortis,* « para o fideicommissario, na substituição fidei- « commissaria».

Por outro lado, o Dr. Felicio dos Santos em seo Projecto e Commentario do Cod. Civ. Braz., copiando o art. 1868 do moderno Cod. Civ. Por., diz no art. 1738: «O fideicommissario adquire « direito á herança ou legado, desde o momento « da morte do testador, ainda que não sobreviva « ao fiduciario. Este direito passa a seos her- « deiros.»

E no commentario a este artigo accrescenta:

« O direito, tanto do fiduciario, como do « fideicommissario é adquirido com a morte do « testador. Logo que este fallece, o fiduciario « torna-se usufructuario, e o fideicommissario « proprietario da herança ou legado. Logo, pois « que o fideicommissario é proprietario, se morrer « antes do fiduciario, seos direitos á herança ou « legado não se extinguem, mas passão a seos « herdeiros.»

Esta mesma opinião já era professada por Candido Mendes (Cod. Philip.), e Loureiro (Inst. de Dir. Civ. Braz.), que acima transcrevemos.

Do exposto vê-se que é impossivel resolver a questão com a opinião dos escriptores portuguezes e brazileiros, desde que autoridades igualmente respeitaveis professão doutrinas oppostas. Seremos mais felizes com os Codigos e escriptores estrangeiros? Vel-o-hemos.

Já dissemos acima que o Dr. Felicio dos Santos copiara o art. 1868 do Cod. Civ. Port., e portanto que este artigo sanccionа a incaducidade do fideicommisso, e a transmissibilidade do direito do fideicommisso e a transmissibilidade do direito do fideicommisrio para seos herdeiros, quando elle morrer antes do fiduciario. Esta mesma theoria era já sanccionada nos arts. 584 a 590 da Ord. de Bále, que consagravão a absoluta transmissão da *spes debitum iri.*

Isto mesmo parece tambem dispôr o Cod. Civ. da Hollanda, decretando no art. 1022 que os descendentes dos fideicommissarios fallecidos representem os direitos d'estes, ao tempo em que se abrir o fideicommisso, e isto quer tenhão morrido todos os fideicommissarios, quer não.

Em contrario á estas disposições dispõe o Cod. Civ. do Cantão de Vaud, no art. 695, que

para o fideicommisso valer é mister que o substituto sobreviva ao substituido. Esta mesma regra parece ser adoptada pelos Codigos dos Cantões de Fribourg (arts. 836), de Tessino (art. 362) e de Valais (art. 735), que prohibem a successão nos direitos do fideicommissario em vida do fiduciario. Tambem o Cod. Civ. Chileno dispõe a mesma cousa, como se vê da comparação dos artigos seguintes:

Art. 738. « *El fideicomisso supone la condicion expressa o tacita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la epoca de la restitucion.*»

Art. 740. « *Si es la muerte del fiduciario la que determina el dia de la restitucion, se entenderá su muerte natural.*»

Art. 761. « *El fideicomisario, mientras pende la condicion, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo.*»

Art. 762. « *El fideicomisario que fallece antes da restitucion, no transmitte por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa ipso jure al sustituto os sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere.*»

Outros codigos ha que, tendo prohibido as substituições fideicommissarias e portando nada dispondo sobre a questão, offerecem todavia, na parte relativa á caducidade dos legados, disposições que têm inteira applicação á especie de que tratamos, e nas quaes felizmente não mais se nota a mesma divergencia, que temos apontado.

Assim dispõe o Cod. Civ. do Perú, no art. 866: « *Caduca la disposicion testamentaria en que se deja algo bajo de condicion, si el heredero ó el legatario a que se refiere, mueren antes de verificarse la condicion.*»

O Cod. Civ. da Republica Oriental do Uruguay

dispõe o mesmo, por outras palavras, no art. 807: « *El heredero y el legatario que mueren antes de complirse la condicion, aunque sobrevivan al testador, no transmiten derecho alguno á sus herederos.*»

O Cod. da Republica Argentina ainda é mais expresso, determinando no Liv. 4.º Tit. 17, art. 49: « *El legado caduca cuando el legatario muere antes que el testador, ó cuando la ejecucion del legado está subordinada á una condicion suspensiva ó á un* TERMINO INCIERTO, *y muere antes del cumplimiento de la condicion ó del vencimiento del termino.*

Tambem a mesma disposição é sanccionada pelo moderno Cod. Civ. Italiano, no art. 853: « *Ogni disposizioni testamentaria fatta sotto una condizione suspensiva é privata d'effetto, se la persona á cui favore é fatta, muore prima che siasi verificata la condizione.*»

Finalmente todos os mais Codigos, que conhecemos, contem mais ou menos a mesma disposição.

Até aqui, pois, temos achado uniformidade somente em um ponto; e é que caduca qualquer instituição testamentaria condicional ou a termo incerto, toda a vez que o instituido morre antes do implemento da mesma condição ou termo.

Embora porém já sob a fadiga de uma tão longa excursão, que temos realisado, não podemos entretanto deixar de ouvir e consultar alguns civilistas estrangeiros, antes de apresentar nossa opinião sobre a questão.

Começando pelos jurisconsultos francezes, vemos logo que, se Duranton e Acollas (13) sustentão a caducidade do fideicommisso, quando

(13) Duranton, *Cours de Droit Français*, Tom. 9 n. 548. Acollas, *Manuel de Droit Civil*, Tom. 2.º pag. 624.

todos os fideicommissarios fallecem antes do fiduciario, Delvincourt (14) ao contrario ensina que n'esse caso deve ter lugar a representação dos descendentes, e não caducar o fideicommisso.

Entretanto a maioria dos escriptores d'essa nação opina pela caducidade do fideicommisso.

Assim Pothiers, Trait. des Subst. Vol. 8.º pag. 513: « *Que le substitut, avant l'ouverture de la substitution, n'a, par raport au bien substitué, aucun droit formé, mais une simple espérance. D'où il suit que s'il meurt avant l'ouverture de la substitution il ne transmet rien à ses heritiers, et la substitution devient caduque, car n'ayant aucun droit avant son ouverture, il n'avait rien qu'il pût leur transmettre; l'espérance s'évanouit par sa mort.*»

E em a nota 3.ª: « *La condition resolutoire ne pouvant plus s'accomplir la propriété se consolide en la personne du grevé, et elle devient irrévocable.*»

Dalloz, Repert verb. *Substitution* n. 471: « *La substitution tombe également, si l'appelé n'existe plus ou est incapable au moment de l'ouverture; c'est l'appelé lui même, et non les heritiers de l'appelé, que le substituant a voulu gratifier.*»

Finalmente tal parece ser a doutrina de quasi todos os civilistas francezes, como affirma o mesmo Acollas á pag. 645 do Vol. 2.º: « *Tous les auteurs sont d'accord pour enseigner que la caducite de la substitution a lieu, du chef de l'appelé dans les trois cas suivants : 1er Lorque l'appele meurt avant l'ouverture de la substitution;* etc.»

Entre os escriptores hespanhoes que tratão da theoria das substituições, em nenhum encontramos resolvida a questão, e apenas Escriche (Dicc. Raz. de Legisl. y Jurisp., verb. Sust. Fideic.) parece

(14) Delvincourt, *Cours du Code Civil*, Tom. 2.º nota 7.ª á pag. 104.

inclinar-se á opinião dos civilistas francezes quando diz: « *Muriendo el sustituto fideicomissario, antes de la adicion y entrega de la herencia, passa a sus herederos el derecho que le compete, si la substitution es pura,* Y NO SI ES CONDICIONAL.»

Finalmente, entre os escriptores italianos, Luigi Borsari sustenta abertamente a caducidade do fideicommisso, quando o fideicommissario morre antes do fiduciario, e ensina que então passa ao mesmo fiduciario a propriedade plena dos bens fideicommittidos (15).

Resumindo pois todo o exposto, vemos: 1.º que não ha uniformidade nos Codigos das nações cultas, quanto á resolução da these, e que por conseguinte não podemos nos regular por elles, como subsidiarios do nosso direito nos casos omissos, para decidil-a; notando-se todavia que entre os codigos que se referem expressamente á questão, a maioria opina pela caducidade do fideicommisso, quando o fideicommissario morrer antes do fiduciario; 2.º que esta mesma opinião é professada por quasi todos os escriptores estran-

(15) « La sopravvivenza del sostituito é la condizione indispensabile di ogni sostituzione, ma come la volgare é semplice e si consuma in un attimo, e la fideicommissaria é duplice e progressiva, cosi la sopravvivenza si riguarda sotto una relazione di tempo affato diversa. Rispetto alla prima, basta che il sostituito sopravviva all'instituito al momento della morte del testatore; non basta rispetto alla seconda che l'erede gravato sopravviva al testatore, má é d uopo che il chiamato (nel quale soltanto si opera la sostituzione) sopravviva allo stesso gravato.

S'egli morisse prima di lui, svanirebbe la sostituzione della quale é, per cosi dire, piú faticosa la gestazione, dovendo rimanere piú lungo tempo in condizione d'attuabilitá. Quindi alla morte del testatore si effectua la sostituzione semplice, e alla morte del gravato la fideicommissaria, talché la premorienza del sostituito durante la vita di quello produce che il gravato si emancipa dal vincolo che gli fu imposto ediventa erede libero.» Borsari, *Comment. del Cod. Civ. Ital.*, Tom. 3.º pag. 791 § 1946.

geiros; 3.º finalmente que os codigos, que não se referem terminantemente á hypothese, por considerarem prohibidas as substituições fideicommissarias decretão entretanto uniformemente a caducidade das instituições testamentarias condicionaes ou a termo incerto, toda a vez que o instituido fallecer antes do implemento do mesmo termo ou condição.

E' pois evidente que, se tivessemos de decidir a questão por esses elementos, elles por si sós seriam sufficientes para firmar a nossa resposta affirmativa quanto á caducidade do fideicommisso.

Não o podemos porém fazer, mesmo porque, conforme já o dissemos, a nossa these é complexa, e essas disposições invocadas pouco adiantão quanto á 2.ª parte, isto é, a quem passa a propriedade do fideicommisso.

§

E' nossa opinião que, morrendo o fideicommissario antes do fiduciario, o fideicommisso fica perempto, e a propriedade plena dos bens fideicommittidos fica pertencendo ao mesmo fiduciario.

Dissemos acima que, para a resolução dessas questões, recorreriamos ao Direito Romano, e ser esta a unica via que nos era dado seguir.

Realmente, tendo disposto a Lei de 18 de Agosto de 1769 que o Direito Romano fosse subsidiario do nosso nos casos omissos, toda a vez que *suas disposições estivessem claramente de accordo com a boa razão,* ou antes toda a vez que *essas disposições não se oppuzessem aos dictames da boa razão,* como foi explicado pelos Estatutos da Universidade de

Coimbra de 28 de Agosto de 1772, é obvio que sendo omissa a nossa legislação sobre a questão, e tendo sido ella *rasoavel* e juridicamente decidida pelas leis romanas, e sendo por outro lado divergentes entre si os codigos estrangeiros, sómente a aquelle Direito devemos recorrer.

Antes porém, resolveremos uma questão preliminar, cuja solução prende-se estreitamente a da principal; é a seguinte:

O fiduciario è simples usufructuario, e o fideicommissario é nú proprietario dos bens fideicommittidos, ou a propriedade, embora limitada, reside no primeiro, e somente por sua morte passa ao segundo?

Comprehende-se facilmente a relação que existe entre esta questão e a these que discutimos; porquanto, se o fiduciario é um simples usufructuario dos bens fideicommittidos, é manifesto que o direito de propriedade d'esses bens reside no fideicommissario, que, morrendo, o transmitte a seus herdeiros; e no caso contrario, nenhum direito assistirá ao fideicommissario, e portanto nada transmittirá por sua morte.

Diz o Sr. conselheiro Teixeira de Freitas: « Perguntar-se o fiduciario é usofructuario, e se o « fideicommissario é nú proprietario, é perguntar « se o fideicommisso é usufructo. Não ha qua- « lidade sem substancia.»

Ninguem dirá que usufructo e fideicommisso sejão termos synonymos ou equivalentes na technologia juridica; além de que ha grande differença entre os direitos do usufructuario e os do fiduciario, bem como entre os do fideicommissario e os do nú proprietario, como passamos a mostrar.

1.º O usufructo é personalissimo, e por isso o usufructuario não pode alienal-o, podendo só-

mente arrendar a cousa fructuaria, ou fazer outros contractos semelhantes, puramente pessoaes, que não importem translação do *jus in re* (Lafayette, Dir. das Cous. § 101); entretanto que o fiduciario, embora pelo caracter resoluvel de seu dominio, não possa alienar perpetuamente as cousas do fideicommisso, pode entretanto alienal-as pelo tempo de sua vida, transferindo ao adquirente, não um simples direito pessoal, como faz o usufructuario na cousa fructuaria, mas o proprio direito real que lhe compete. (Merlin, Rep. verb. Subst. Fideic. Sec. XII, § 3.º art. 4.º).

2.º Contra o usufructuario não corre a prescripção, embora a cousa fructuaria esteja em poder de terceiro com justo titulo e boa fé, em sua presença, tanto assim que, se o nú proprietario estiver ausente, ou fôr domiciliario em comarca diversa, a usucapião só se opera em favor do possuidor depois de completo o praso da prescripção entre ausentes; e vice-versa, se o nù-proprietario estiver presente e ausente o usufructuario; ao passo que contra o fiduciario corre a prescripção adquisitiva do terceiro possuidor, assim como a extinctiva dos direitos e acções da herança fideicommissaria, prescripções essas, que, uma vez consummadas, prejudicão ao fideicommissario, o qual, chegada a epocha da substituição, nada mais tem do que uma simples acção *ex testamento* de perdas e damnos contra o fiduciario ou seus herdeiros. (Pothiers, Trait. des Subst. ns. 155 e 156).

3.º O usufructuario não pode estabelecer servidões passivas no immovel, nem hypothecal-o; ao passo que o fiduciario pode fazel-o, embora taes encargos venhão a resolver-se posteriormente com

o seu dominio (cit. Merlin, § 1.º, e cit. Pothiers § 160).

4.º Entre o nú proprietario e o fideicommissario dão-se as mesmas differenças essenciaes; porquanto o nú proprietario pode reivindicar a cousa de qualquer terceiro possuidor, que não o usufrutuario, assim como contra elle deve dirigir-se a reivindicação intentada por terceiro; entretanto que o fideicommissario, emquanto não se abre a substituição, apenas pode exercer os actos conservatorios, necessarios para resguardar a sua esperança, não lhe cabendo, porém, acção alguma contra terceiros, nem mesmo para annullar a alienação dos bens feita pelo fiduciario, annullação essa que só poderá promover depois de lhe ser deferido o fideicommisso. (Mackeldey, § 756, cit. Pothiers, § 178).

5.º Finalmente, se o fideicommissario fosse nú-proprietario dos bens fideicommittidos, a sua capacidade juridica hereditaria seria exigivel ao tempo da abertura da successão, visto como o seu direito seria desde logo adquirido; mas, ninguem ignora que a capacidade do fideicommissario só se requer ao tempo da abertura da substituição, tanto assim que os proprios nascituros, mesmo ainda não concebidos ao tempo da morte do testador, podem ser nomeados fideicommissarios, ficando o seu direito dependente da condição de existir na epocha da mesma substituição; logo o fideicommissario não é nú-proprietario.

E' por isso que os autores têm formulado a seguinte regra absoluta:

« A capacidade do nú-proprietario e a do usufructuario exigem-se simultaneamente, ao passo que a do fiduciario e a do fideicommissario exigem-se em epochas differentes. »

Entretanto, apezar de grande distancia que medeia entre fiduciario e usufructuario, e entre fideicommissario e nú-proprietario, tem sido algumas vezes confundidas essas personalidades juridicas.

Foi Correia Telles o primeiro que introduzio no Direito Portuguez essa confusão, dizendo em seu Dig. Port. Liv. 3.º ns. 1628 e 1629: « E' permittido ao testador instituir um herdeiro, e para « depois da morte deste substituir-lhe outro; a « esta substituição chama-se *compendiosa* ou *fidei-* « *commissaria.* N'este caso, ao herdeiro instituido « em primeiro lugar *quadrão os direitos e obrigações* « *de um usufructuario.*»

Esta mesma equiparação era feita pela Cod. Civ. da Prussia, Parte 1.ª Tit. 12 n. 466, e pelo da Austria, art. 631; e foi posteriormente adoptada pela art. 1873 do Cod. Civ. Port., que é assim redigido: « Os herdeiros ou legatarios, cujas he- « ranças ou cujos legados estiverem sujeitos a « substituições fideicommissarias, *serão havidos por* « *meros usufructuarios.*»

Não se pense porém que esta tão explicita disposição tenha resolvido a questão entre os commentadores do Codigo Portuguez.

E' assim que, conforme nos dá noticia o Sr. Hintze Ribeiro, a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tem por vezes entendido, menos coherentemente, o cit. art. 1873 do Cod. Civ., attribuindo ao fiduciario, já a propriedade, já o simples usufructo dos bens fideicommittidos. Tanto pode a verdadeira doutrina!...

E realmente, compulsando a legislação estrangeira, vê-se não só que a maioria dos Codigos, que ainda admittem a substituição fideicommissaria, reconhecem o fiduciario como pro-

prietario dos bens fideicommittidos, como tambem que os proprios Codigos, que não admittem taes substituições, adoptão implicitamente a mesma doutrina.

E' assim que o Codigo Oriental, no art. 830, diz: «*No se entiende contener sustitucion, la disposicion en que el testador deja la propriedad a uno, y el usufructo á otro ú otros, con sujecion â lo dispuesto en el titulo del usufructo.*»

Esta mesma disposição é consagrada pelo Cod. Hesp. art. 638, por outros codigos e pelo proprio Codigo Port., que no art. 1870 assim se exprime; «Não se entenderá como *fideicomisso* a « disposição, por que algum testador deixe o « *usufructo* de certa cousa a uma pessoa, e a «*propriedade* á outra; comtanto que o usufruc- « tuario ou *propritario* não seja encarregado de « transmittir por sua morte a outrem o dito « *usufructo ou propriedade.*

E', pois, manifesto que conforme todos os codigos e o proprio Cod. Port., só póde existir a substituição fideicommissaria quando a propriedade do fideicomisso pertencer primeiramente ao fiduciario, e passar posteriormente por sua morte ao fideicommissario. Logo o fiduciario não é *méro usufructuario*, nem o fideicommissario é nú proprietario.

E nota-se ainda que em França, onde o Cod. Civ. é omisso acerca d'essa questão, todos os civilistas notaveis, como Marcadê, Dalloz, Demolombe, (16) Duranton, Delvincourt, Merlin

(16) Demolombe, Trait.des Donat. entre vifs et des Tes. Tom. 5.º n. 550, exclama: « Non! la proprieté du grevé n'est pas resoluble dans la verité juridique des termes; c'est tout simplement une proprieté *ad tempus*, qui finit, qui meurt lorsque la substitution vient á s'ouvrir, mais qui n'est

e outros muitos sustentão a propriedade do fiduciario.

Mas não é só isto.

Quando não tivessemos a favor da nossa opinião a doutrina, a logica, as consequencias resultantes do estudo comparativo dos direitos do usufructuario e do fiduciario, a maioria dos Codigos estrangeiros, e a quasi universalidade dos escriptores, ainda assim não poderiamos deixar de sustental-a, desde que é ella professada pelo Direito Romano, subsidiario do nosso, como dissemos, e que este tem sido expressamente adoptado na especie em nossa legislação patria, como mostraremos.

E' preciso não esquecermos que os fideicommissos de effeito immediato á adição da herança, ou *ex certo die*, não são conhecidos por nossa Ord. Liv. 4.º Tit. 87, e que esta só considera como substituições fideicommissarias as que se devem verificar por morte do instituido, e portanto em *dia incerto.*

Sendo assim, resulta que, conforme o principio—*dies incertus pro conditione habetur* (17),

---

pas resolue. Elle finit, dis je, donc elle a duré! elle meurt donc elle a vecu!»

(17) Este principio era firmado por diversas leis romanas. Assim a L. 75, D. *de eondit. et demonst.*, dispõe: «Dies incertus conditionem in testamento facit.»

A L. 1ª § 2.º D *cod.* accrescenta: « Dies autem incertus est, quum ita scribitur: heres meus, quum morietur decemdato; nam diem incertum mors habet ejus, et, ideo, si legatarius ante decesserit, ad heredem ejus legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem.»

Tambem a L. 79 § 1.º D. *eod.*, dispõe o mesmo: «Heras meue quum ipse morietur, centum Titio dato; legato sub conditione relictum est; quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legatis non cedit, etnon est certum, ad eum legatum perventurum.»

Finalmente a L. 4 D. *quando dies legat. vel fideic. cedat* confirma a mesma cousa: « Si quum heres morietur, lege-

todos os fideicommissos de nosso direito são condicionaes. Ora, por direito romano é incontroverso que a propriedade dos bens fideicommittidos, no fideicommisso condicional ou a dia incerto, pertencia ao fiduciario, até o implemento da mesma condição ou termo (18).

Dissemos ter sido expressamente adoptada esta theoria por nossa legislação patria, e para prova d'isto basta nos apontar e transcrever as seguintes disposições:

1.º O Regul. n. 5.581 de 31 de Março de 1875, que regula o imposto de transmissão de propriedade, o qual dispõe no art. 31 § unico: «Os juros do imposto da propriedade separada « do usufructo são devidos depois de um anno « da extincção do usufructo; no caso de fidei- « commisso depois de igual praso contado do « dia em que A PROPRIEDADE PASSAR DO DOMI- « NIO DO FIDUCIARIO PARA O DO SEU SUCCESSOR.»

2.º O Aviso n. 136 de 28 de Maio de 1864, relativo ao mesmo imposto de transmissão, o qual depois de declarar que *são devidos dous impostos de transmissão na substituição fideicommis-*

---

tur, conditionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert.»

(18) A L. 45 § 1.º D. *de legat.* 1.º declara que: « Si sub conditione, vel ex die certa, nobis legatum sit; ante conditionem vel diem certam, repudiare non possumus; nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat, vel conditio existat.»

Tambem a Const. 3.ª § 3.º Cod. Comm. *de legat. et fideic.*, prova a mesma cousa, autorisando e julgando validas as alienações feitas pelo fiduciario, até a resolução da condição.

Finalmente, ha outras leis, que dispõem implicitamente o mesmo, que tambem é ensinado por todos os commentadores.

« Ante restitutionem hereditatis fiduciarius quidem bonorum dominus est.» Warnkœnig, *Inst. Jur. Rom. Privati*, § 735.

saria, o primeiro do testador para o gravado, e o segundo do gravado para o fideicommissario, accrescenta: «Que em todo o caso não procede nas substituições d'esta natureza a regra de applicação do imposto do *usufructo e da nua propriedade*; *porquanto os direitos do gravado de uma substituição differem do usufructo, consistindo elles em propriedade, sujeitos a uma clausula resolutoria, sendo puramente eventuaes os do substituto; entretanto que na disposição pela qual se deixa a um individuo o usufructo, e a outro a propriedade, ha duas liberalidadades-, mas igualmente directas, sem nenhuma eventualidade e condição de sobrevivencia; que portanto embora hajão certas relações de semelhança entre a substituição e usufructo, existe todavia, e sempre existio, uma differença profunda entre a substituição fideicommissaria, e a disposição pela qual se deixa a nua propriedade a um individuo, e o usufructo a outro.*»

3.º Finalmente o Aviso de 13 de Outubro de 1870, que segue a mesma doutrina, e reconhece que «*o imposto devido nas substituições fideicommissarias se regula pelo grão de parentesco existente entre o fiduciario e fideicommissario, por considerar-se a transmissão feita directamente d'aquelle para este, embora a causa d'ella seja sempre a vontade do testador.*»

Após considerações tão valiosas, disposições tão expressas, parece-nos estar resolvida a questão preliminar de modo que não mais é possivel duvidar-se de que por nosso direito o fiduciario não é mero usufructuario, e sim proprietario dos bens fideicommittidos, e que portanto o fideicommissario nenhum direito tem em vida d'aquelle, além da *spes debitum iri*, isto é, alem de uma esperança, que poderá não realisar-se.

E sendo assim, é obvio tambem que, morrendo o mesmo fideicommissario antes do fiduciario, fica perempto o fideicommisso, e nada transmitte elle a seus herdeiros. (19)

Dada essa hypothese, é consequencia ainda de todo o exposto que o fiduciario adquire a livre propriedade do fideicommisso, porque caducando este, e desapparecendo a obrigação, que lhe era imposta, de restituir os bens por sua morte ao terceiro designado, fica valendo somente a sua instituição no caracter de herdeiro ou legatario.

Demais é esta a doutrina quasi geralmente acceita entre os escriptores, e professada pelas leis romanas, como vamos mostrar, embora pareça haver alguma duvida, quando o fiduciario fosse um legatario, e não o herdeiro instituido.

A L. 60, D. *de legat* 2.º assim dispõe: «*Si*

---

(19) Por Direito Romano nenhuma duvida havia quanto a este resultado.

A L. 11, § 6.º D. *de legat* 3.º, declara: « Sed si fideicommissarius, antequam heres constituat, decesserit, ad hedem suum nihil transtulisse videtur: conditionale enim esse legatum nemini dubium est, et pendente conditione legali, videri decessisse fideicommissarium.

O mesmo dispõe a Const. Unic. §§ 4.º e 7.º Cod. *de caduc. tollend.*; bem como as LL. 1.ª § 2.º, e 79 § 1.º D. *de condit. et demonst.*, e a L. 4 D. *quando dies legat.* etc., citados anteriormente na nota 17. a)

(a) Esta doutrina tem sido felizmente acceita por nossos juizes e tribunaes, de modo que se não podemos dizer que tal é a jurisprudencia patria, em razão do pequeno numero de casos d'esta especie, que se tem suscitado no foro, podemos porem affirmar que jamais houve discordancia quanto ao modo de decidir. Disto nos dão noticia alguns Volumes do—*Direito*—e principalmente o Vol. 37, pag. 67; notando-se que a ultima caderneta d'esta *Revista* (de 15 de Agosto do corrente anno), a pag. 591 e 592, trancreve dous Accordãos da Rel. de S. Paulo, o 1.º de 26 de Outubro de 1886, e o 2. de Março d'este anno, que confirmão a doutrina das leis romanas quanto ao « nenhum direito do fideicommissario durante a vida do fiduciario, e consequente caducidade do fideicommisso por morte d'aquelle.

a filio herede legatum sit Seio fideique ejus commessum fuerit sub conditione ut Titio daret, et Titus pendente condiotine decesserit. fideicommissum deficiens apud Seium manet, non ad filium heredem perdinet; quia in fideicommissis potiorem causam habere sum, cujus fides electa sit, senatus voluit.»

Por esta lei, que é generica, e de uma clareza, tal que dispensa qualquer commentario, vê-se que o fideicommisso caduco *(deficiens)* por morte do fideicommissario ficava pertencendo ao fiduciario (herdeiro ou legatario), visto como determinou o senado e decidio a lei que *devia preferir no fideicommisso aquelle, a cuja lealdade fôra confiado.*

A duvida porem se assim será, quando o fiduciario fôr um legatario, origina-se da L. 88, § 13, D. *eod*, que parece contrariar aquella.

Diz esta Lei: *Sævola: Codictlis Gaio Seio centum le avit, ejusque fideicommisit, ut ancillæ testatores ea daret. Quæro an utile fideicommissum sit, quod legatarius ancilæ testatoris dare jussum est. Respondi, non esse. Item, si utile non est an legatarius heredi, cujus ancilla est, restituere compellatur. Respondit, non compelli: sed nec ipsum legatarum legatum petere posse.»*

Como vê-se dos termos em que é expressa a lei, o fideicommisso deixado a uma escrava do testador por intermedio de um legatario considerava-se caduco, e o legatario não podia pedir o legado ao herdeiro instituido.

Admiramo-nos mesmo de que essa lei tenha feito tão grande rumor entre os commentadores, que a tem procurado conciliar com a que acima citámos.

Gothofredo, *Series Digestorum ex-libro* 32,

procura harmonisal-as, fazendo a seguinte distincção. « se o legatario fiduciario possue já o « fideicommisso, conserva-o, *non compelli resti-* « *tuere*; se pelo contrario o não recebeo ainda, « tambem não tem o direito de o reclamar, *nec* « *legatum petere posse.*»

Essa interpretação parece ser autorisada pela lettra da lei, porém não resolve a difficuldade, e deixa subsistir o unico ponto em que aquellas leis tendem a chocar-se, isto é, ser caduco o fideicommisso, e entretanto não reverter a sua propriedade para o legatario.

Por isso tambem achamos mais racional a interpretação de Pothiers, *Pandectes de Justinien.* Tom. 12 pag. 189, not. 6, onde invoca elle a L. 38 § 6, D. *de legat.* 3.º (20), que em um caso semelhante confere ao legatario fiduciario o direito de exigir o legado caduco do herdeiro instituido; e entende que melhor seria acreditar que as circumstancias do facto sobre que Sœvola respondeo, e que não forão por inteiro reproduzidas, assignavam mais propriamente ao fiduciario o caracter de testamenteiro, que o de legatario; a não ser que se prefira julgar viciosa a redacção da lei, devendo ler-se *sed et ipsum*, em lugar de *sed nec ipsum.*

E julgamos melhor esta interpretação alem dos motivos expostos; 1.º porque o fideicommisso a que se refere aquella lei parece ser puro, ao passo que o da Lei 60, que firma a regra geral, é condicional *quum morietur*; 2.º porque como

(20) Fideicommisit ejus, cai duo millia legavit, in hoc verba: a te, Petroni, peto uti ea duo milia solidorum reddas collegio cujusdam templi; quœsitum est, quu id collegium postea dissolutum sit. utrum legatum ad Petronium pertineat, an vero apud heredem remanere debeat. Respondit, Petronium jure petere.»

ensina Troplong, no fideicommisso puro pode-se ser encarregado, sem ser verdadeiramente instituido herdeiro ou legatario, sendo-se chamado a entregar no caracter de *simples ministro*, ou *fiduciario* no sentido proprio da palavra, que equivale apenas a *um testamenteiro*; 3.º finalmente, porque é de boa hermeneutica preferir a interpretação, que evita a antimonia entre as disposições legaes.

Seja porem como fôr, é certo em todo o caso, que aquella lei, desde que se refere a um fideicommisso puro, e caduco desde seu principio pela incapacidade do fideicommissario nomeado, não pode jamais prejudicar á these que sustentamos, a qual se refere ao fideicommisso, condicional e valido em seu principio, tornado porém caduco pelo fallecimento do fideicommissario, e acerca do qual determina de um modo evidente a cit. L. 60, D. *de legat.* 2.º, que a propriedade pertence ao fiduciario.

Com estas considerações terminamos a resolução da segunda questão, que é a principal, se não a unica, de que cogitou a Faculdade.

Todavia, por amor ao methodo, diremos algumas palavras relativamente á

3.ª *Questão. Morto o fideicommissario depois do testador e do fiduciario, porém antes de lhes serem entregues os bens fideicommittidos, fica peremplo o fideicommisso?*

A resposta pela negativa parece incontroversa, desde que se considerar que o momento da abertura da substituição é o da morte do fiduciario.

E realmente, se o fideicommissario sobreviveo, ainda que somente por alguns momentos, ao fiduciario, está preenchida a condição, e a

propriedade dos bens fideicommittidos passa *ipso facto* para elle, que logo adquire o *jus in re.*

Morrendo pois então, transmitte a seus herdeiros o mesmo direito, que como todos os direitos e acções, faz parte de seo patrimonio.

Não caduca, portanto, o fideicommisso na hypothese figurada, porquanto, tendo-se extinguido o direito do fiduciario com sua morte, desappareceu tambem a *spes debitum iri* do fideicommissario, a qual transformou-se em um verdadeiro direito transmissivel.

IV

Antes de concluir este tão penoso trabalho, devemos declarar que o modo por que resolvemos as diversas questões, em que subdividimos a these, que escolhemos para dissertar, applica-se com maioria de razão aos fideicommissos *de residuo*, ou *de eo quod supererit*, que julgamos não serem prohibidos por nosso direito.

E com esta observação damos por terminada a nossa tão longa, quão difficil viagem.

A doutrina, a logica, a lição dos escriptores, tanto nacionaes, como estrangeiros, o estudo comparativo dos Codigos das nações cultas, o Direito Romano, a nossa acanhada legislação regulamentar, finalmente a propria interpretação doutrinal, tudo fizemos valer em prol da theoria, que sustentamos.

Entretanto, se algumas vezes claudicamos, se não tivemos força para levar a convicção ao animo alheio, seja isto considerado antes como resultado de nossa fraqueza posta em prova contra

um assumpto de tanta magnitude, do que como effeito da inverdade da opinião que adoptamos.

Muitas vezes a verdade custa a ser comprehendida somente pela incompetencia de quem a expõe.

Recife, Setembro de 1887.

DR. ADOLPHO TACIO DA COSTA CIRNE (1)

(1) Havendo o Cod. Civ. Braz. conservado em nosso direito o instituto do fideicommisso, e se achando completamente exgotada a edição deste trabalho, publicado em 1887 pelo redactor chefe desta Revista e actual Director da Faculdade de Direito do Recife, a commissão de redacção julgou util a sua reedição, que ora se faz neste annuario.

Conselho Superior de Ensino

RELATORIO apresentado á Faculdade de Direito do Recife pelo seu representante Professor Dr. Annibal Freire da Fonseca

Sessão de Julho de 1917

Exm. Sr. Director e Professores da Faculdade de Direito do Recife.

Cumpro o dever de communicar-vos as principaes deliberações tomadas pelo Conselho Superior de Ensino, na sua reunião ordinaria de 16 de Julho a 6 do Agosto deste anno. Tendo adoecido o eminente presidente do Conselho, Sr. Barão de Brazilio Machado, quasi todas as sessões foram presididas pelo decano daquella corporação, o Sr. professor Reynaldo Porchat que mereceu de seus collegas os mais expressivos testemunhos de solidariedade e applausos, pela elevação moral com que dirigio os trabalhos. Foram organisadas as commissões do seguinte modo: Legislação e recursos — Drs. Adolpho Cirne, Reynaldo Porchat e Augusto Vianna; Institutos de ensino superior — Dr. Aloysio de Castro, Ortiz e Porchat; Insitutos de ensino secundario — Drs. Raja Gabaglia, Oscar de Souza e Annibal Freire; Regimentos — Drs. Herculano de Freitas,

Ortiz e Araujo Lima; Orçamentos:—Drs. Herculano de Freitas, Oscar de Souza e Licinio Cardoso—*Ensino Superior*. Em relação á Faculdade de Direito do Recife, o Conselho teve de occupar-se de dois recursos interpostos pelos Drs. Raul Azedo e Augusto Lins e Silva contra resolução da Congregação, que os não dispensou de concurso para a cadeira de Medicina publica. A commissão de Legislação, sendo relator o Dr. Porchat, lavrou a respeito do primeiro caso o seguinte parecer: Parecer n. 5—O Dr. Raul de Almeida Azêdo requereu á Congregação da Faculdade de Direito do Recife a sua nomeação, independente de concurso, para o lugar de professor da 8.ª secção do curso de direito, apresentando, como titulo para satisfazer ás condicções do art. 51 do dec. n. 11 530 de 18 de Março de 1915, um livro, que escreveu, sobre «Aguas potaveis e Encanamentos de chumbo,» editado em 1916, o qual segundo pareceres que recebeu de varios scientistas entende ser uma «obra verdadeiramente notavel,» sobre assumpto da cadeira da secção vaga. Obtendo parecer favoravel da Commissão nomeada pela Congregação, não alcançou esse parecer o voto de dous terços da Congregação, como se vê pela acta transcripta nas razões do recorrente e pelas informações do Dr. Director da Faculdade, tendo sido, por isso, recusada a pretenção do requerente. Contra essa deliberação da Congregação interpoz elle o presente recurso, que justificou com desenvolvido arrazoado acerca do valor do seu trabalho e da increpada parcialidade da parte de certos membros da Congregação, juntando cartas de tres professores da mesma Faculdade que enalteceram o valor do dito trabalho, declarando um delles

que daria seu voto ao candidato se estivesse presente a sessão. A Commissão, tomando conhecimento do recurso, é de parecer que se negue provimento ao mesmo, de accôrdo com a opinião externada pelo Dr. Director da Faculdade porquanto, nos termos do citado art, 51, o voto de dous terços dos membros da Congregação, é pensavel para o provimento da cadeira independente de concurso. — Rio de Janeiro, 23 de Julho de 1917. — Reynaldo Porchat — Augusto Vianna.

No plenario o Dr. Adolpho Cirne, desenvolvendo uma argumentação cerrada, logica e concludente, justificou a informação que havia prestado como Director da Faculdade, demonstrando não haver na hypothese recurso da deliberaçãe da Congregação, a quem cabe exclusivamente a iniciativa da proposta de dispensa de concurso ao autor de sua obra considerada notavel. Por unanimidade de votos, o Conselho firmou a doutrina de que, em casos semelhantes, não cabe recurso dos actos das Congregações ficando assim prejudicado o outro recurso interposto. O Conselho tomou deliberações importantes acerca de pedidos de equiparação e fiscalisação de institutos de ensino superior. O que mais interesse despertou, pela natureza do assumpto, pelas polemicas suscitadas na imprensa, pela repercussão havida nos centros academicos, foi o da Universidade de S. Paulo. A Commissão apresentou o seguinte parecer, que foi approvado, apenas contra o voto do professor Licinio Cardoso. Parecer n. 12 — A Commissão tomando conhecimento do requerimento da Universidade de S. Paulo, em que pede fiscalisação para a sua Escola de Direito e sua Escola de Medicina e Ci-

rurgica (comprehendendo os cursos de Pharmacia Odontologia e Obstetricia), é de parecer que seja negada a inspecção, pois as referidas escolas não satisfazem ás exigencias do art. 14 do Dec. n. 11.530, de 18 de Março de 1915. Com effeito, independentemente do parecer do inspector, está provado, pelos documentos offerecidos, que a Universidade de São Paalo, fundada no anno de 1911, sob o regimen da chamada Lei Organica do Ensino está funccionando de accordo com um regimento interno, que elaborou em 22 de Abril de 1912. E, a despeito da grande reforma radical e moralisadora operada pelo dec. 11.530 de 18 de Março de 1915, a Universidade, inteiramente apartada das disposições deste decreto, continuou a funccionar de accôrdo com o seu antigo regimento, que só foi substituido pelo novo, em 25 de Abril de 1917, para começar a vigorar em 1.º de Julho deste anno, isto é, na vespera do dia em que foi dirigido ao Conselho o pedido de inspecção. Da leitura do regimento de 22 de Abril de 1912, de conformidade com o qual diz, a peticionaria haver funccionado até 30 de Junho de 1917, conclue-se que rebelde as exigencias do Governo preceituadas no citado decreto, a peticionaria não procurou accommodar-se á reforma que restabeleceu a moralidade do ensino secundario e superior da Republica. Assim, ao passo que todos os institutos officiaes, bem como aquelles que pretenderam equiparar-se, se puzeram tão depressa quanto possivel de accôrdo com a nova organisação resultante do decreto de 1915, a peticionaria, embora acalentando tambem esperanças de obter equiparação, manteve-se no regimen livre da chamada lei Organica, que foi abolido como nefasto ao ensino: Em consequen-

cia dessa rebeldia á reforma conservou a Universidade o systema de exames de admissão para a matricula no 1.º anno dos institutos de ensino superior de modo que os institutos de officiaes praticavam o systema do exame vestibular ao qual só eram admittidos os candidatos que offerecessem certidões de approvação em todos as materias do curso gymnasial do collegio Pedro 2.º, conferidos por esse collegio, ou por institutos equiparados, a Universidade insistio, até o corrente anno em abrir as portas da matricula francamente a todos quantos fossem approvados nos exames de admissão prestados perante a mesma Universidade, (Regimento Interno em vigor até 30 de Junho ultimo, art. 155, e mappas n. 2, volume dos impressos). Verifica-se por isso, relativamente á peticionaria, este facto eloquente: —emquanto que as matriculas no 1.º anno diminuiram nos cursos superiores, officiaes e equiparados, depois do Dec. de 18 de Março de 1915, em virtude do «crivo» que esse dec. poz sobre os candidatos, como foi justamente observado, augmentaram, progressivamente, as matriculas da Universidade, como se póde vêr comparando as tabellas offerecidas no 2.º volume dos impressos. Assim, o 1.º anno de direito tem actualmente 95 alumnos matriculados, o de Medicina tem 118, o de Pharmacia 58, o de Odontologia 92, quando para a Faculdade de Direito de São Paulo só conseguiram entrar esse anno 11, para a do Recife 18, para a de Medicina do Rio de Janeiro 19, para o curso de Pharmacia 11 e para o de Odontologia 11. E não obstante essa facilidade com que a Universidade admitte matriculas em seus institutos, ainda admitte como «ouvintes matriculados» os que te-

nham somente metade dos exames (art. 162 do antigo e 203 do novo Regimento) e como «assistentes» os que tenham menos de metade (art. 171, § 2.º do antigo e 212, paragrapho unico do novo Regimento). Além destas faltas fundamentaes a respeito da matricula no 1.º anno dos cursos superiores, faltas que viciam, pela sua gravidade, todo o curso dos alumnos, outras muitas anomalias existem, que a escassez do tempo não permitte respigar, mas, que podem sêr facilmente notados na leitura dos Regimentos offerecidos pela peticionaria, como por exemplo, na parte referente ao systema de provimento de cargo de professores que pelo antigo Regimento era de concurso de titulos (art. 106) e pelo novo (art. 125) é o do concurso de provas, mas differentes do estabelecido pelo Dec. numero 11.530. Em vista da summaria exposição feita, verifica-se estar provado pelos documentos offerecidos com a petição que os institutos de Direito, de Medicina e Cirurgia (comprehendendo os cursos de Pharmacia e Odontologia o Obstetricia da Universidade de S. Paulo) não satisfazem aos requisitos das lettras a) f) h) do art. 14 do dec. 11.530 de 18 Março de 1915, pelo que não se acham nas condições legaes para serem equiparados, devendo sêr-lhes negada a inspecção requerida. A Commissão approveita a opportunidade para submetter a deliberação do Conselho a indicação seguinte: Não havendo uma Universidade official, somente podem requerer equiparação os institutos superiores de ensino considerados separadamente, devendo ser nomeados tantos fiscaes, e depositadas tantas quotas de fiscalisação quantos os institutos a serem inspeccionados. Sala das

sessões, 19 de Julho de 1917.—Reynaldo Porchat —Aloysio de Castro.—Ortiz Monteiro.

O Reitor da Universidade solicitou ainda reconsideração desse parecer, o que foi negado. O Conselho negou inspecção á Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre pelos fundamentos constantes do parecer junto, que foi approvado por unanimidade de votos: Parecer n. 51. A Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, que foi fundada em 17 de Fevereiro de 1900, pede a nomeação de inspector, para o effeito de alcançar a equiparação, que pretende. Entretanto: nota-se, pelos seus Estatutos de 15 de Outubro de 1914, ainda em vigor, assim como pelos demais documentos junto á petição, que a despeito da radical e moralisadora reforma operada no ensino secundario e superior pelo decreto n. 11.530 de 18 de Março de 1915, a supplicante não procura adaptar-se ás exigencias da reforma, e até hoje tem funccionado com despreoccupação completa das disposições daquelle decreto. E' assim que essa Faculdade se manteve fiel ao reprovado regimen dos exames de admissão para a matricula no 1.º anno do curso, menosprezando o exame vestibular, que só promette adoptar a partir de Janeiro de 1918. De modo que, emquanto as faculdades officiaes e as equiparadas sujeitam-se ao decreto 11.530 só admittindo alumnos approvados em exame vestibular, que só podem ser prestados por aquelles que já tenham sido approvados nos exames gymnasiaes ou nos parcellados prestados no Collegio Pedro II ou nos institutos a elle equiparados, a peticionaria abre as portas do seu curso áquelles que sem o cumprimento das exigencias legaes, fazem apenas um exame de admissão na mesma Faculdade. E não

satisfeita com esse afastamento das disposições do citado decreto, ainda admitte como ouvinte « as pessoas que houvessem pago a taxa respectiva e provado a sua identidade» (art. 125), permittindo que os ouvintes do 1.º anno façam exame na 1.ª epoca juntamente com os matriculados (art. 41 dos Estatutos em vigor). Tambem no tocante a composição de seu corpo docente não quiz a peticionaria subordinar-se ao systema do mesmo decreto, mantendo systema differente de provas apezar de determinar o decreto que uma das condições exigidas para a equiparação é ser o « corpo docente escolhido pelo processo de concurso de provas estabelecido na presente lei.» Pelo exposto, vê-se que a Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre não satisfaz as exigencias do art. 14, lettras *a*, *f* e *h*, do dec. n. 11.530 de 18 de Março de 1915, e não pode por isso, ser equiparada. A Commissão é pois de parecer que se negue a inspecção requerida pela supplicante. Rio, 23 de Julho de 1917.—Reynaldo Porchat—Aloysio de Castro

Foi ainda adiado o pedido de equiparação da Faculdade Livre de Direito do Ceará.

Em parecer anterior elaborado na sessão de Fevereiro ficou constatado que alguns professores do instituto não explicavam as tres quartas partes do programma e havia a falta absoluta do corpo de substitutos, indispensavel para o completo funccionamento do systema de ensino em vigor. Subsistindo as mesmas razões o Conselho resolveu não conceder por ora a regalia solicitada por aquelle estabelecimento. A Faculdade Livre de Direito do Pará foi equiparada, por ter satisfeito todos os requisitos legaes.

Quanto a Escola Livre de Engenharia de

Pernambuco, ainda desta vez não foi possivel a sua equiparação. O parecer anterior elaborado pelo Sr. professor Paulo de Frontin, consignava apenas, como obstaculo ao gozo do favor instituido pela lei, a deficiencia dos recursos financeiros do estabelecimento. Tendo porém o governo de Pernambuco, elevado a 40 contos de réis a subvenção dada áquelle instituto, parecia sanada a difficuldade. O novo relator, Sr. professor Ortiz Monteiro apresentou no parecer submettido a consideração do Conselho deficiencias de organisação da Escola. Attendendo entretanto, a que essas falhas podem ser devidamente eliminadas e as arguições feitas não affectam a idoneidade do instituto, e parece conduzir por adiar o julgamento do pedido de equiparação. Eil-o na sua integra:

Parecer n. 50—A commissão vem apresentar ao Conselho o resultado de seu estudo sobre os documentos relativos ao pedido da Escola de Engenharia de Pernambuco para ser equiparada á E. Polythechnica do Rio

a) Das plantas do predio onde funcciona a Escola vê-se que ha quatro salas no pavimento terreo e duas no primeiro andar destinadas propriamente ao ensino; as outras são dependencias. De todas estas peças só ha uma (no pavimento terreo) que não está com a designação de «gabinetes» e ainda nas cinco restantes por vezes se vêm grupados dous e até tres gabinetes (dos sete que constam do relatorio do Sr. Inspector) em uma só sala, o que basta para indicar a falta de espaço, tanto mais quanto o regimento estabelece os quatro recursos existentes na Escola Polythenica do Rio, pelas quaes distribue as materias de modo identico ao estabe-

lecido pelo Dec. numero 11.530 de 18 de Março de 1915. (Ahi convem observar que nesta ultima Escola com approvação do Conselho algumas cadeiras mudaram de anno). O mesmo regimento (§ 2.º do art. 12) dá a duração de 20 minutos para a prova didactica do professor de desenho; na E. Polythenica essa prova dura 40 minutos; como para a de substituto. Tambem esse regimento, dando os typos de diplomas, copia os dizeres do da E. Federal e o Director ahi falla «em nome do Governo da Republica» o que não se pode admittir em instituto livre.

b) O horario apresentado é muito differente do da nossa Polythenica e só diz respeito ao curso de engenharia civil; talvez seja esse o unico organisado; entretanto parece que a E. Livre de Engenharia visa a equiparação dos quatro cursos acima alludidos para os quaes aliás não tem Laboratorios ou Gabinetes. Voltando, porém, ao horario, observa-se ahi a ausencia de tempo para as aulas praticas, convindo notar que nelle todas as cadeiras e aulas têm tres aulas de uma hora por semana ao passo que, no instituto official cada cadeira tem tres aulas theoricas do cathedratico e duas de applicação, uma a cargo do cathedratico e outra sob a regencia do substituto.

Ao todo cinco aulas por semana. Os professsores de trabalhos graphicos têm tres aulas de duas horas cada uma tambem por semana (arts. 52, 53, 55 e 56 do Regimento da E. Polythenica do Rio) de modo que, ainda com relação as aulas destes docentes, o regimento da E. Livre não parece satisfazer as exigencias da equiparação.

Acompanham o regimento listas de pontos para provas escriptas e oraes; nos primeiros não

é raro se verem cousas elementares que são consideradas generalidades e até em alguns casos, as materias são repetidas em mais de um ponto (Dec. n. 6).

c) No Regulamento (annexo) da Escola Livre (art. 18) diz que no concurso para substituto serão tanto quanto possivel (sic) seguidas as obedecidas nos Institutos Federaes:—Não é caso de «tanto quanto possivel,» o processo de concurso está todo regulado no Dec. 11 530 de 18 de Março de 1915, art. 45 e seguintes. No mesmo regulamento (art. 21) vê-se que os cathedraticos serão pagos a 300$ mensaes e os substitutos (§ 2) a 150$ tambem mensaes, quando houver renda.

No § 1.° do mesmo artigo faz a declaração de que isso ainda não é possivel. Ha deficiencia de receita, o que se póde bem verificar pelo relatorio do Inspector (Janeiro de 1917) o qual consigna uma matricula de 65 alumnos em 916, e a exposição feita pelo Secretario em 8 de Julho corrente mostra que ha apenas 54 matriculados em 1917. Ora, se voltarmos ao dito relatorio, veremos que a receita em 1915 com 60 alumnos foi de 54:000$; é de suppor que a receita de 1917 seja inferior a esta, de modo que, mesmo com o accrescimo de 35:000$ dado, á subvenção, a receita da Escola em questão não será este anno superior a 89:000$, quantia que dará apenas para pagamento do pessoal docente e bastante modestamente. Isto na hypothese provavel de ser o augmento alludido approvado pelo Congresso do Estado. Como se vê é bem pouco ainda para o custeio de uma escola thenica superior, quando aquella a que se quer equiparar, sem nadar em riqueza, tem uma receita superior a 800:000$.

d) Nem o regulamento nem o regimento regulam a duração das arguições dos alumnos, isto é de grande importancia, maxime em escolas que tem alumnos matriculados e não matriculados (art. 18 do regimento da E. Livre).

Esta materia está regulada no regimento da Polytechica (art. 62).

e) Sob descripção dos laboratorios annexa ao relatorio de 1917 vê-se que estas secções são ainda em geral deficientes em numero e em material: tambem o Sr. Inspecctor em seu relatorio, aliás optimista, de 916 chegou somente a affirmar: « Esses laboratorios e gabinetes estão muito bem conservados e são utilisados convenientemente durante os respectivos cursos»; não falla na riqueza ou importancia dos mesmos.

Da succinta exposição acima conclue a Commissão que ainda não é tempo de equiparar a Escola Livre de Engenharia de Pernambuco á Escola Polythnica official. Sala das sessões, em 30 de Julho de 1917.—Ortiz Monteiro.—Aloysio de Castro.—Reynaldo Porchat. Ao ser submettido a dicussão, o Sr. Dr. Adolpho Cirne aventou a idéa de ser o assumpto constante do parecer debatido na sessão de Fevereiro, o que foi approvado. O Conselho tomou em relação ao magno assumpto das equiparações uma resolução importante.

Attendendo a que a lei Maximiliano exige como condição fundamental da equiparação que o instituto tenha funccionado regularmente durante cinco annos razão pela qual a inspecção deve abranger retrospectivamente esse prázo, a Commissão de Legislação, sendo relator o Sr. Dr. Porchat, apresentou a resolução seguinte: os institutos os quaes foi denegada inspecção ou equi-

paração, por não satisfazerem os requisitos do art. 14 do dec. n. 11.530, não poderão voltar de novo com requerimento para inspecção, ou equiparação senão depois de decorridos cinco annos da data do indeferimento de seu primeiro pedido, salvo tratando-se de escolas de Pharmacia, cujo prazo ficou reduzido a tres annos, por disposição da lei orçamentaria de 1916. Essa resolução provocou caloroso debate.

Impugnou-a vehementemente o professor Licinio Cardozo, que, depois de approvada a proposta recorreu para o Sr. Ministro do Interior da deliberação do Conselho, tendo S. Exc. proferido o seguinte despacho. «O membro da Congregação ou do Conselho não funcciona como parte; vencido pela maioria, não pode recorrer. Outra materia que suscitou controversias foi a referente á classificação dos substitutos de pharmacias para o fim de ser applicado o art. 25 do dec. Maximiliano. Julgando não haver vantagens na proliferação de escolas de pharmacia em centros de cultura escassa e de população pouco numerosa a tendencia do Conselho era no sentido de interpretando as disposições extrictas da lei, evitar a continuação desse regimen.

Apresentada em sessões successivas pela commissão de Legislação a proposta de sêr applicado o disposto no referido artigo á equiparação dos institutos de Pharmacias ia sendo adiada a votação até que na reunião ultimamente realisada foi a questão definitivamente resolvida, contra o voto do Sr. professor Araujo Lima. Mas respeitados os direitos adquiridos pelos institutos que já obtiveram esse favor, não podem sêr equiparadas escolas de pharmacia que funccionam em cidade de menos de cem mil habitantes, salvo se

esta fôr capital de Estado de mais de um milhão de habitantes e o instituto fôr fortemente subvencionado pelo governo regional.

Foram feitas diversas alterações nos regimentos dos institutos de ensino Superior. Assim no da Faculdade de Direito de S. Paulo ficou estabelecido expressamente que o Director terá o voto de desempate, alem do voto que houver dado como professor effectivo, quando fôr.

Na tabella de taxas foram incluidas as seguintes: Por carta de doutor 200$000; por carta de bacharel, 100$000.

No da Faculdade de Medicina da Bahia ficou consignado o seguinte: O vice-director, quando substituir o director, terá todos os direitos e deveres inherentes ao cargo, salvo quando o Director estiver ausente em serviço do Conselho Superior de Ensino, caso em que o vice-director se limitará a assignatura do expediente?

Sobre o ensino superior o Conselho, discutiu ainda outros assumptos. Sobre livre docencia, a Commissão de Legislação apresentou o seguinte parecer:

Parecer n. 4—De accordo com a litteral disposição do dec. 11.530 de 18 de Março de 1915 (arts. 67 e 68) e do Regimento Interno da Escola Polytechnica (art. 1 a 10), o representante dos livres docentes faz parte da respectiva Congregação e, como tal, pode discutir os assumptos submettidos á apreciação da mesma Congregação. Não póde porém votar no julgamento de concurso para provimento do lugar de professor, como se deduz do disposto no art. 27 do mesmo Regimento Interno. E quanto aos demais as-

sumptos submettidos á decisão da Congregação, pode elle votar somente nos que dizem respeito á livre docencia, conforme a doutrina firmada pelos institutos de ensino superior. De accordo com o exposto pode ser decidido o recurso interposto pelo representante dos livres docentes da mesma Escola.—Sala das sessões do Conselho Superior de Ensino, em 20 de Julho de 1917. Adolpho Cirne—Reynaldo Porchat.

Depois de renhido debate, o Conselho approvou o parecer, contra os votos dos Drs. Aloysio de Castro e Augusto Vianna. A Commissão de Legislação, respondendo a uma consulta do professor Porchat, declarou ser de necessidade conter cada programma impresso oitenta lições com os respectivos summarios repassados. O professor Licinio foi voto vencido, porquanto o que exige a lei é que o professor, dê oitenta lições durante o anno lectivo, e, como é corrente, póde um mesmo ponto do programma ser explicado em mais de uma lição, conforme sua importancia!

O Conselho, entretanto a vista do disposto no art. 14, combinado com o art. 73 do dec. n. 11.530 suffragou unanimente a opinião expressa no parecer. Foi igualmente approvado por unanimidade o seguinte parecer da Commissão de Legislação: Parecer n. 23—Os Srs. Drs. Ortiz Monteiro e Licinio Cardoso apresentaram uma indicação propondo que o Conselho defina-se em face do dec. 11.530 de 18 de Março de 1915, um extrangeiro póde ser livre docente de um dos institutos de ensino superior. Attendendo a que o provimento dos lugares de professor substituto e de livre docente se faz de accordo com as mesmas disposições e estabelecendo o dec. n. 11.530 no art. 44—que poderão

concorrer a vaga de professor substituto todos os brazileiros que exhibirem folha corrida e maiores de 21 annos,» não havendo na lei nenhuma restricção expressa em relação aos livres docentes, a Commissão é de parecer que um extrangeiro não póde concorrer a livre docencia dos institutos de ensino superior.—Sala das Commissões. 2 de Agosto de 1917 (assignados)—Annibal Freire, Augusto Vianna.

Sob os exames parciaes de Junho e Agosto o Conselho resolveu que, sendo taes provas expressamente instituidas pela lei para servirem de base aos exames do fim do anno, não era justo nem legal deixar aos alumnos a liberdade de não prestal-os, sem soffrerem sancção alguma e assim não podem ser admittidos a exames da primeira epocha os alumnos que a despeito das recommendações da Presidencia do Conselho, dos avisos das directorias inspectores e das chamadas por editaes, deixarem de submetter-se ás mesmas provas. Ensino secundario.

Nessa sessão foi votado apenas uma equiparação de institutos de ensino secundario a do Gymnasio Paranaense, depois de satisfeitas todas determinações impostas pelo Conselho no sentido da adaptação integral do curso ao instituido no estabelecimento modelar. Foram adiados os pedidos de equiparação do Lyceu do Ceará, do Lyceu Piauhyense, do Lyceu Alagoano e do Atheneu Sergipense, embora quanto a este a divergencia fosse apenas em questão de detalhe, substituido em relação aos outros a deficiencia de informações quanto no estado dos laboratorios de Physica e chimica e historia natural e a dissonancia flagrante entre a distribuição de materias

adoptadas naquelles institutos e a estabelecida no collegio Pedro II.

Sobre o Gymnasio Amazonense, a commissão apresentou o parecer seguinte:

Parecer n. 48—A' Commissão foram presentes os relatorios do inspector federal junto ao Gymnasio Amazonense, que solicita equiparação. Antes de tudo, releva notar a deficiencia das informações prestadas. O relatorio primitivo occupa apenas uma folha de papel e o supplementar apenas meia folha. Não ha nelles a menor referencia ao corpo docente, á situação dos laboratorios de Physica e Chimica e historia natural do instituto. Do relatorio supplementar consta ser de 68 o total dos alumnos matriculados no Gymnasio Amazonense, numa capital de cerca de sessenta mil habitantes. O inspector attribue o facto a circumstancia do existir em Manáos uma Universidade livre, que mantem um curso annexo de proprietarios, com frequencia numerosa. São palavras do Inspector:

« Sendo validos, para a matricula no curso de direito, de Pharmacia e de agronomia os exames de preparatorios ahi prestados e não presidindo a taes provas o rigor necessario, é facil de comprehender a affluencia observada, sobre tudo se attentarmos que os diplomas conferidos pela Universidade dão dentro do Estado, as regalias concedidas aos das academias officiaes do paiz». Convém desde logo rectificar o equivoco em que labora o Inspector acerca da validade dos exames prestados na Universidade de Manáos. Esses exames não têm validade alguma, dentro ou fóra do Estado do Amazonas, pois, á Universidade de Manáos foi até negada inspecção para ulterior equiparação. No regula-

mento do Gymnasio Amazonense em vigor, e appenso ao relatorio estão consignadas disposições que contrariam o estabelecido no instituto modelar.

Assim é que ha apenas uma cadeira de inglez e allemão, quando as cadeiras são distinctas; ha apenas um preparador de Physica e Chimica e Historia Natural quando são dous os preparadores. O mesmo regulamento dispõe que, «occorrendo vaga em cadeira de lingua viva, poderão canditar-se extrangeiros, que, approvados e escolhidos, serão contractados pelo Estado por prazo fixo. « Isto é uma designação ás normas geraes estabelecidas para o provimento dos lugares de Professor e assim esse artigo deve ser eliminado. O que o Governo do Estado póde fazer é crear cadeiras praticas de linguas e provel-as da maneira que julgar conveniente ao ensino, mas não estabelecer regras differentes para as cadeiras comprehendidas no curso. O regulamento está ainda em desaccordo com a lei, na parte referente ás provas de concurso para professor. Assim é que institue a prova escripta, que não existe na lei e determina que o trabalho escripto «comprehenderá tres proposições sobre cada uma das materias da cadeira vaga e uma dissertação sobre uma das mesmas materias.»

O regulamento deve reproduzir, para melhor clareza do assumpto, as disposições expressas da lei. A Commissão é, pois de parecer que seja adiado o pedido de equiparação do Gymnasio Amazonense, até que sejam prestadas ao Conselho informações substanciaes sobre a vida e organisação do instituto, devendo ser sanadas as irregularidades apontadas no respectivo regulamento.—Sala das Commissões, 6 de Agosto de

1917.—Annibal Freire, Raja Gabaglia e Oscar de Souza.

No plenario, o professor Ortiz Monteiro apresentou emenda, cassando a equiparação ao referido Gymnasio.

O relator do parecer invoca sua attenção do Conselho para a iniquidade de que essa medida radical apresentaria, prejudicando-se os interesses vitaes da população de um Estado pela desidia de um Inspector de ensino. Depois de grande debate, o Conselho approvou unanimente o parecer. O caso do Lyceu Cuyabano tambem originou controversias. Informada dos relatorios do inspector, a commissão respectiva fundamentou desse modo o seu parecer :

Parecer n. 32.—A' commissão de Institutos de Ensino Secundario foi presente o relatorio do Inspector do Lyceu Cuyabano, sobre a vida escolar daquelle instituto, durante o anno de 1916. Neste relatorio, começa o Inspector dando as razões porque só nesta sessão do Conselho pode ser apresentado aquelle relatorio, referente ao anno de 1916. Em seguida, o inspector narra com toda sinceridade e franqueza as condições de funccionamento daquelle Gymnasio, salientando as excellentes condições de installação e a distribuição das disciplinas e organisação de programma tudo conforme ao Collegio Pedro II. No que respeita, porém ás condições do funccionamento, o Inspector chama a attenção deste Conselho para certos pontos que a Commissão reputa de certa gravidade. Assim o preenchimento de alguns cargos do corpo docente não se fez pelo processo de concurso como prescreve a lei. Foram nomeados professores de Phisica e Chimica, desenho, geometria no espaço

e trigonometria, pessoas sem idoneidade e até reprovadas, anteriormente, em concurso da mesma disciplina como foi o caso do professor de geometria e trigonometria. Demais disso, os exames correram a revelia da acção do fiscal, que se achava ausente, por motivo de força maior.—Foram expedidos certificados, que o Inspector recusou terminantemente visar. Accrescenta ainda o Inspector o seguinte, que a Commissão pede venia para transcrever: « Examinando na Secretaria do Lyceu a escripturação do Instituto, procurei verificar no livro do ponto e no das actas da Congregação a assiduidade dos professores durante o anno lectivo. Desses livros consta o comparecimento mais ou menos regular dos docentes ás aulas e ás reuniões da Congregação, mesmo no periodo revolucionario, no qual alguns tiveram papel de destaque. E' provavel que as assignaturas desses fossem lançadas nos livros depois das datas em que ellas figuram, mas nada posso affirmar a tal respeito. Nestas condições, á Commissão é de parecer: *a*) que os exames realisados sem a fiscalisação do inspector sejam declarados nullos; *b*) que os certificados expedidos sem o visto do fiscal são nullos; *c*) que as nomeações feitas sem concurso são attentatorias á lei e por isso a Commissão propõe que seja suspensa a equiparação concedida aquelle Gymnasio até que cessem as irregularidades e illegalidades a que se refere o relatorio do Inspector. Sala das sessões, 27 de Julho de 1917.—Oscar de Souza.—Annibal Freire.—Raja Gabaglia.»

O professor Aloysio de Castro propoz então que fosse cassada a equiparação daquelle instituto. Defenderam o parecer da Commissão o relator professor Oscar de Souza e os Drs. Araujo Lima e

Annibal Freire, que argumentaram principalmente em que a prevalecer a proposta, ficava Matto Grosso privado de ensino secundario official durante cinco annos, de accordo com a resolução ultimamente votada de só poderem os estabelecimentos, os quaes foi negado essa concessão, requerel-a de novo depois de decorrido aquelle prazo. Submettido á votação o parecer, houve empate, votando a favor do mesmo os Drs. Oscar de Souza, Raja Gabaglia, Araujo Lima e Annibal Freire, e contra os Drs. Ortiz Monteiro, Aloysio de Castro, Augusto Vianna e Licinio Cardoso, desempatando o presidente contra o parecer e ficando assim cassada a equiparação ao Lyceu Cuyabano.

A respeito de concessões de bancas examinadoras a insititutos particulares, o Conselho adoptou nessa sessão uma orientação systematica de modo a cercear o uso daquella regalia. Deste modo foram reservadas as concessões aos Institutos em que ficou perfeitamente evidenciado, pelos testemunhos dos inspectores, o maximo zelo pela observancia das instrucções expedidas para regularisar o assumpto. Quanto aos novos pedidos, o Conselho regeitou-os, excepção feita do Instituto Hombery, de Juiz de Fóra, cuja Escola de Pharmacia é equiparada as congeneres officiaes.

Dos institutos que obtiveram o anno passado essa concessão não logrou conseguil-a agora o Collegio S. Vicente de Paula, de Petropolis. O Conselho assim procedeu por ter chegado ao seu conhecimento, devidamente authenticada o theor de uma carta do Director daquelle collegio, negando matricula a um filho do professor Hemeterio dos Santos, sob fundamento de ser elle de

côr. Esse facto indignou vivamente os membros do Conselho e dispondo o regulamento de 14 de Janeiro de 1916 que a concessão poderá ser recusada, quando o Conselho entender justo, julgou este ser de seu dever não outorgar favor a um instituto, que tão affrontosamente feriu as nossas tradições de civilisação e humanidade. O Conselho determinou que fossem restituidos 80 °/₀ das taxas de exames aos alumnos dos institutos officiaes, que reprovados em uma cadeira, não podessem prestar os subsequentes, em virtude da precedencia anteriormente estabelecida pelo Conselho. Essa deliberação não pode ser estendida aos alumnos dos collegios que obtiveram bancas examinadoras por se oppor a isso o regulamento respectivo. A respeito da procedencia nos exames de preparatorios, o Dr. Araujo Lima fez a seguinte consulta: « Estabelecendo o § 1°, do artigo 84 do decreto n. 11.530, de 18 de Março de 1915, que «os estudantes não matriculados (no instituto official ou collegios a elles equiparados), são examinados em Dezembro, conjunctamente com os alumnos, não estando obrigados as séries de materias, «pode o director do Collegio Pedro II, sem exorbitar da lei, pôr em pratica, obrigando os respectivos candidatos á exhibição de certidões, a subordinação de certos exames, á prestação previa de outros, conforme resolução do Conselho Superior, tomada em sessão de Fevereiro proximo passado?

A commissão de institutos de ensino secundario deu então o seguinte parecer que foi approvado sem discrepancia do voto: A commissão tomando conhecimento da consulta junta do illustre Director do Collegio Pedro 2.° é de parecer que se responda affirmativamente, pois a

disposição legal, a que ella allude, não collide com a deliberação do Conselho sobre a precedencia a ser observada nos exames de preparatorios. Sala das Commissões, 6 de Agosto de 1917.—Annibal Freire.—Raja Gabaglia.—Oscar de Souza.

Foram ainda approvados unanimemente os seguintes pareceres, relativos a questões de ensino secundario: Parecer n. 37—Por lei estadoal, foi creada uma cadeira de francez pratico no curso do Externato do Gymnasio Mineiro, tendo o Governo nomeado um professor interino, que se acha no exercicio de suas funcções. O fiscal do Governo Federal, junto áquelle instituto, consulta ao Conselho se pode ser nomeado, sem concurso, professor effectivo da alludida cadeira o actual professor interino. Attendendo que a creação da cadeira, segundo as informações prestadas, data de época anterior á fiscalisação daquelle estabelecimento pelo Governo Federal e sobretudo a circumstancia de se tratar de uma cadeira não comprehendida entre as do curso do instituto modelar, a Commissão é de parecer que se póde responder affirmativamente á referida consulta.—Sala das Commissões, 1 de Agosto de 1917, (assignado) Annibal Freire.—Oscar de Souza.—Raja Gabaglia. Parecer n. 39.—A Commissão de institutos de Ensino Secundario, estudando a consulta de 21 de Junho de 1917 do Sr. Dr. Director do Gymnasio Paes de Carvalho, em Belém do Pará, concorda responder ás tres perguntas nella formuladas do modo seguinte: 1.ª pergunta: As questões formuladas pelos examinadores devem ser as mesmas, nos actos escriptos, para todos os examinados indistinctamente, ou devem ser differentes para os estu-

dantes extranhos? Resposta:—As questões formuladas devem ser as mesmas para todos os examinandos extranhos ou não ao Gymnasio. 2.ª pergunta:—Não estando os candidatos extranhos obrigados as séries do Gymnasio, os exames finaes das sciencias estudadas em dois annos ficam restrictos ao programma do ultimo anno em que conclue a materia? Resposta: Os pontos de exames devem conter materia ensinada nos dous annos, seja o examinando extranho ou não ao Gymnasio. 3.ª pergunta:—As materias Algebra e Geometria plana do terceira anno, Physica e Chimica do quarto e quinto annos devem ser examinadas conjunta ou separadamente, organisando-se bancas distinctas para cada materia? Resposta: Para maior clareza, convém subdividir esta resposta: *a*) O exme de Algebra no 3.º anno é final, portanto, os examinandos dessa disciplina devem prestar as provas perante uma banca para tal fim organisada, a qual examinará indistinctamente os candidatos extranhos ou não ao Gymnasio. *b*) O exame de Geometria plana ensinada no 3.º anno, será feito conjuntamente com o de Geometria no espaço e trigonometria rectilinea, no 4.º anno, perante uma banca que tambem examinará os alumnos extranhos ao Gymnasio. *c*) A Physica e a Chimica constituem um só exame final, portanto devem as provas dessas duas disciplinas ser prestadas simultaneamente e perante uma mesma banca examinadora. Sala das commissões, 1 de Agosto de 1917, (assignados)—Raja Gabaglia.—Oscar de Souza, Annibal Freire.

Parecer n. 46—O Director do Gymnasio da capital do Estado de S. Paulo pede por intermedio do Sr. Inspector do mesmo estabeleci-

mento alguns esclarecimentos sobre duvidas que se tem levantado sobre os exames parcellados naquella capital.

As respostas seguintes resolvem por completo taes duvidas.

1.º) Os estudantes não matriculados são examinados conjuntamente com os alumnos do curso Gymnasial (§ 1.º art. 84 do dec. 11.530 de 18 de Março de 1915 e art. 122 do Reg. Interno do Collegio Pedro II).

2.º Os exames no Collegio Pedro II, são de sufficiencia ou promoção e finaes, segundo haja o alumno de continuar o estudo da materia no anno seguinte ou deve concluil-o (art 133 do Reg. Interno).

3.º) O exame final de historia comprehende não só a historia Universal, mas tambem a historia do Brazil e será prestado pelos alumnos extranhos ou não ao estabelecimento, de accordo com o art. 135 do Reg. do Collegio Pedro II.

4.º) Para os alumnos matriculados e sujeitos a seriação o exame de historia Universal (ensinada no 4.º anno do Collegio Pedro II) é apenas uma exame de promoção que será prestado de accordo com o art. 119 do Reg. Interno do Collegio Pedro II. Convem observar que a consulta indica pouco conhecimento do Regimento interno do Collegio Pedro II, pois para exemplo refere-se ao 6.º anno do Collegio Pedro II, quando o curso deste consta de cinco annos. Igualmente, todas as duvidas levantadas e o processo minucioso dos exames achamse claramente explicados nos 65 artigos do cap. VIII do Reg. Interno do mesmo Collegio. Sala das Commissões, 4 de Agosto de 1917,—Raja Gabaglia,—Oscar de Souza.—Annibal Freire.

Por esta rapida resenha, percebe-se o esforço desenvolvido pelo Conselho Superior de Ensino e a relevancia do seu papel na vida cultural do Paiz.

Na continuidade da missão que lhes foi imposta, os membros do Conselho guardam e mantêm uma solidariedade indefectivel e encontram nos estimulos da opinião publica o melhor elemento de exito para cumprimento estricto do seu dever. Tenho a honra de apresentar-vos os meus testemunhos de alto apreço. Recife. 17 de Setembro de 1917.

(Assignado).

Dr. Annibal Freire.

Noticias e analyses

§

TRATADO DE DIREITO COMMERCIAL BRAZILEIRO. O Sr. Dr. José Xavier de Carvalho de Mendonça está, sob o titulo acima, enriquecendo a litteratura juridica brazileira com uma obra verdadeiramente notavel.

Vasado em moldes sãos, perfeitamente scientificos, o trabalho do Sr. Dr. Carvalho de Mendonça, que já conquistára os louros de jurisconsulto conspicuo com a publicação de outros anteriores, è uma obra puramente de direito brazileiro. O direito extrangeiro, as opiniões de autores extrangeiros, não entram n'ella senão como illustração ; o autor tem sempre em vista o que é genuinamente brazileiro, o que se tem feito, o que se tem escripto no Brazil.

Será, quando terminada a obra, um tratado completo, exhaustivo, nada deixando a desejar, nem quanto ao fundo nem quanto a linguagem e forma, que são elegantissimas e correctas. Será um tratado assim a maneira do CORSO, do egregio Vidari, em direito italiano.

Da importante obra, que terá oito volumes, se acham já publicados seis, os seguintes :

O 1.º com uma INTRODUCÇÃO sobre o direito Commercial Brazileiro, e o Livro I sobre os ACTOS DE COMMERCIO.

O 2.º 3.º e o 4.º sobre Os COMMERCIANTES E SEUS AUXILIARES, sendo que a ultima parte deste 4.º volume, ou a III da obra, trata em especial DAS SOCIEDADES.

O 7.º e o 8.º sobre FALLENCIA E CONCORDATA PREVENTIVA.

Annuncia-se para breve a publicação dos outros volumes, que completarão a inestimavel obra.

§§

DO CHÉQUE. E' um estudo consciencioso, claro, methodico, este que o conhecido jurista Sr. Dr. Rodrigo Octavio Laangard de Menezes publicou a respeito da interessante materia—Do Cheque.

Publicada em fins de 1913, encerra esta monographia uma primeira parte theorica sobre a origem, funcção economica e regulamentação do cheque; segue-se-lhe uma segunda parte que é um commentario completo á lei n. 2591 de 7 de Agosto de 1912, sobre o assumpto ; e termina o livro com uma terceira parte em que se enfeixam documentos sobre o cheque.

Livro interessante e util, a clareza e saber, com que foi elaborado, fazem-no digno de figurar em todas as bibliothecas.

§§§

DECRETO N. 2044 DE 31 DE DEZEMBRO DE 1908, ANNOTADO. O abalisado professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Sr. Dr. João Arruda, publicou n'aquella capital, e com o titulo acima, uma obra sob todos os pontos de vista mais do que recommendadavel, necessaria.

Reformada a nossa legislação cambial, pela revogação completa dos Arts. 354 a 427 reunidos nos capitulos I e II do titulo XVI do nosso Codigo Commercial de 1850, a materia cambial ficou sem escriptos nacionaes elucidativos dos textos legaes compendiados na legislação nova.

Foi esta lacuna que a obra do Sr. Dr. João Arruda veio, em seus dous volumes publicados, preencher inteiramente e de um modo sufficiente e cabal, tal a competencia com que é expendida toda a materia.

§§§§

Codigo Civil (dos E. U. do Brazil) commentado. A operosidade de nosso illustrado mestre e companheiro, que ainda o é, Sr. Dr. Clovis Bevilaqua, não conhece limites. Promulgado o nosso Codigo Civil, que entrou a vigorar em 1.º de Janeiro de 1917, o Sr. Dr. Clovis metteu hombros a uma grande empreza: annotar o Codigo de que elle fôra grande, senão o maior factor.

Não é um tratado de direito civil; são simples annotações, mas de valor inestimavel, a cada artigo do Codigo, porque na consulta se tem immediato conhecimento de qual o direito anterior e assim se sabe logo si houve ou não modificação, reforma; conhece-se logo a bibliographia sobre o assumpto; como a legislação comparada e as disposições dos diversos projectos brazileiros anteriores ao actual codigo.

Após isto, vem rapidas mas judiciosas observações sobre o espirito de cada artigo do Codigo.

E' portanto, uma obra de valor; della já estão publicados tres volumes.

No 1.º vem uma introducção, sob o titulo Preliminares, em que o autor dá noticia completa de nosso movimento codificador e annotações ao Codigo, desde o art 1.º da Introducção até o art. 179 do Co-

digo; no II, são annotados os arts. 180 a 484 e no III os arts. 485 a 862 do Codigo.

Mais dous volumes, em breve, se seguirão aos tres já publicados, ficando com elles completa a obra do sabio mestre.

Principaes rezoluções

Da Congregação da Faculdade de Direito do Recife no anno de 1917

(Art. 226 do Regimento Interno)

Em 3 de Março resolveu a Congregação ser necessario o parecer de uma commissão de seus membros, sobre a notabilidade de obras apresentadas pelos candidatos ao favor do art. 51 do Dec. n. 11.530 de 18 de Março de 1915.

———

Em 5 de Maio resolveu conceder o titulo de professores honorarios aos Drs. Eugenio de Barros Falcão de Lacerda e Epitacio da Silva Pessôa.

———

Em 20 de Julho resolveu conceder o premio de viagem ao Bacharel Olavo de Oliveira, alumno mais distincto da turma 1912 a 1916.

———

Em 25 de Setembro, deferindo uma petição do Centro Academico, resolveu mandar fazer gratuita-

mente a destribuição, entre os alumnos matriculados, dos exemplares da Revista Academica.

———

Em 3 de Outubro, em vista de não haver laboratorio na Faculdade, resolveu que as provas praticas do concurso de Medicina Publica tenham logar em outro estabelecimento, a juizo da commissão medica eleita para taes provas.

———

Ainda em 3 de Outubro que as provas praticas do concurso de Medicina Publica tenham logar perante uma commissão de 4 medicos, deixando aos professores a faculdade de assistil-as ou não.

———

Ainda em 3 de Outubro que taes provas sejam feitas sobre ponto sorteado com 24 horas de antecedencia, de um programma organisado pela Commissão Medica, tirado do programma official, sendo os quesitos a responder pelos candidatos organisados e apresentados na occasião da prova.

———

Em 22 de Outubro, augmentar no Orçamento da Faculdade, a verba para a Bibliotheca de 5 para Rs. 10:000$000.

———

Em 8 de Novembro resolveu unanimemente, declarar-se solidaria com o Governo da Republica, em

todos os actos attinentes á garantia dos direitos do paiz, na actual situação internacional, creada pela guerra européa, á qual fomos tambem arrastados.

———

Ainda em 8 de Novembro que os Srs. Professores remettam á Secretaria uma lista dos estudantes de suas cadeiras que tenham prestado exames parciaes, afim de poder a Secretaria informar as petições de inscripção para exame da epocha.

Nota final

Com o prezente numero da Revista, termina sua actual commissão de redacção a missão, que lhe foi confiada, de regularisar a sua publicação.

Arduo foi o trabalho para o conseguir, tendo de dar á publicidade cinco numeros em pouco mais de um anno; fel-o todavia, apezar de mil difficuldades antepostas ao desideratum, e que teve de vencer, sentindo agora a satisfação intima do dever cumprido.

Com este numero tambem, uma outra satisfação teve a commissão: foi a volta do nosso eminente collega e mestre Sr. Dr. Clovis Bevilaqua ao numero de nossos collaboradores.

A Commissão.

LISTA dos directores, vice-directores e lentes da Faculdade de Direito do Recife, desde a sua creação, e data das respectivas posses.

(Em continuação ao n. 24 desta Revista)

Lentes

93—Dr. Joaquim Pimenta—substituto em 31 de Agosto de 1917.

94—Dr. Edgard Altino Corrêa de Araujo—substituto em 27 de Dezembro de 1917.

Observações

E' necessaria a seguinte modificação á lista anteriormente publicada:

91—O nome deste professor é simplesmente—Dr. Methodio Maranhão—, tendo elle eliminado, antes da nomeação, os appellidos—Romano de Albuquerque—e conservado somente o de Maranhão.

Lista dos bachareis formados pela Faculdade de Direito do Recife em 1917

Em 5 de Janeiro

Raphael Guedes Corrêa Gondim.

Em 16 de Março

Gabriel Antonio Rebello.
Antonio Tavares de Almeida,

Em 21 de Março

Alfredo Carneiro Martins Horcades.

Em 5 de Dezembro

José de Miranda Henriques.

Em 10 de Dezembro

José Sayão de Aranha Barreto Falcão.
Carlos Povina Cavalcanti.
Litto de Azevedo e Silva Filho.
Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley.

Em 14 de Dezembro

Dioclecio Dantas Duarte.
Aurelio da Silva.
Emygdio Martins de Sá.
Francisco Fernandes Sobral.
Octavio Guimarães Paiva.
Hildebrando de Vasconcellos Reis Pereira.
Cicero Brazileiro de Mello.
Manoel Pessoa de Luna Filho.
Arlindo Soriano Pupe.
Romulo Gonçalves Maia.
Angelo de Souza.
Arnaldo Ferreira Lopes.
Carlomano Coelho.
José Euclides Bezerra Cavalcanti.
Edgard Toledo.
Lauro Nogueira.
Amadeu Medeiros.
José Ulysses Luna.
Luiz Guedes Alcoforado.
Claudio da Cunha Cavalcanti.
Joaquim Manoel de Meiroz Grillo.
Nestor Diogenes da Silva e Mello.
Alexandre José Barbosa Lima Sobrinho.
Severino Barbosa Correia.
Carlos Augusto Guimarães Domingues.
Adjuto de Mello Dantas.
João Leite Jungmann.
Erico Magalhães da Silveira.
Murillo Guimarães Martins

Mario Afonso Monteiro Pessoa.
Murillo Beltrão Lapa.
Nelson Carneiro Leão.
Sergio de Aquino Fonseca de Araujo.
Amaro da Silva Paes Barreto.
Luiz Antonio Cabral de Mello.
José Borba.
Armando Bastos da Silveira.
Estevão de Menezes Ferreira Pinto.
Olivio Bezerra Montenegro.

Ercole Vidari

Não terminara ainda o pranto derramado pelas letras juridicas italianas pela perda de um dos seus mais jovens mestres, Sacerdoti, em 1916, e eis que em Fevereiro ultimo se foi tambem para as regiões do Além, o grande espirito de um dos mais velhos—o sabio ERCOLE VIDARI.

Em edade avançada, mais de setenta annos, veio a fallecer Vidari; mas o seu espirito superiormente blindado para a luta pela vida, principalmente a das letras, conservou-se jovem até os seus ultimos dias.

Poucos homens de letras tem tido a gloria da glorificação em vida; Vidari foi um destes privilegiados. O seu renome é immortal.

A sua obra littero-juridica é immensa. Nos seus primeiros tempos de estudioso do direito, Vidari se dedicara aos estudos de Direito Internacional; depois abandonou esta sorte de estudos, entregando-se de corpo e alma aos do Direito Commercial, publicando logo em 1869 a sua monographia—*Lettera di Cambio.* O successo foi enorme e continuou sempre.

A sua obra superior, extraordinaria, e que o consagrou de vez, foi, porém, e sem couza que duvida faça, o seu CORSO di DIRITTO COMMERCIALE, escripta e publicada quasi de um golpe, depois de quasi vinte annos de estudos continuados.

Com Ercole Vidari a sciencia juridica perde um dos seus maiores cultores e mestres de todos os tempos, e a *Revista Academica* curva-se reverente ante o tumulo recentemente cerrado do grande descendente dos velhos jurisconsultos romanos.

INDICE

PAGINA

Clovis Bevilaqua.—Pensamentos de paz. Aspirações de justiça..... 3
Dr. Joaquim I. de A. Amazonas.—O ensino do Direito no Chile e na Argentina. 18
Dr. Enrique Martinez Paz.—O Codigo Civil Brazileiro..... 34
Dr. Octavio Hamilton Tavares Barretto. — Concurso de Direito Criminal realisado em 1908 na Faculdade de Direito do Recife..... 68
Dr. Joaquim I. de A. Amazonas.—Um projecto de lei de fallencias para a Republica Argentina..... 79
Dr. Joaquim Pimenta. —O facto economico no ponto de vista sociologico. 89
Dr. Adolpho Tacio da Costa Cirne.—Direito Civil..... 102
Dr. Annibal Freire.— Conselho Superior de Ensino..... 141
Noticias e analyses..... 167
Principaes resoluções da Congregação da Faculdade de Direito do Recife..... 171
Lista dos directores, vice-directores e lentes da Faculdade de Direito do Recife desde a sua creação e data das respectivas posses..... 175
Lista dos bachareis formados pela Faculdade de Direito do Recife em 917..... 177
Necrologia.—Ercole Vidari..... 181

184

ERRATA

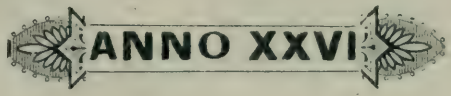
Além de pequenos senões que escaparam á revisão, e que o leitor facilmente corrigirá, existem no texto os erros de composição abaixo notados:

Pag.	*Linha*	*Onde se lê*	*Leia-se*
12	32	é	e
46	4	á concurrencia.....	ao concurso
46	5	devedores.....	credores
113	37	divimos, ...	dividimos
121	25	fideicommisrio.....	fideicommissario

Revista Academica

DA

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE



COMMISSÃO DE REDACÇÃO

Dr. Netto Campello. Dr. Octavio Tavares.

Dr. Joaquim Amazonas.

Dr. Mario Castro. Dr. Joaquim Pimenta.

1918

Imprensa Industrial
I. Nery da Fonseca
78 — Rua Visconde de Itaparica — 82
RECIFE—1918

Corpo Docente da Faculdade de Direito do Recife em 1918

Professores cathedraticos

Dr. Adolpho Tacio da Costa Cirne (Director)
Dr. João Elysio de Castro Fonseca.
Dr. José Vicente Meira de Vasconcellos.
Dr. Laurindo Carneiro Leão.
Dr. Adolpho Simões Barbosa.
Dr. Sophronio Euthichiniano da Paz Portella.
Dr. Manoel Netto Carneiro Campello.
Dr. Virginio Marques Carneiro Leão.
Dr. Gervasio Fioravanti Pires Ferreira.
Dr. Thomaz Lins Caldas Filho.
Dr. Annibal Freire da Fonseca.
Dr. Joaquim Guedes Corrêa Gondim Filho.
Dr. Genaro Lins de Barros Guimarães.
Dr. Hersilio Lupercio de Souza.
Dr. Octavio Hamilton Tavares Barretto.
Dr. Joaquim Ignacio de Almeida Amazonas.
Dr. Methodio Maranhão.

Professores substitutos

Dr. Odilon Nestor de Barros Ribeiro.
Dr. Gilberto Amado.
Dr. Sebastião do Rego Barros.
Dr. Antonio Vicente de Andrade Bezerra.
Dr. Francisco de Assis Chateaubriand.
Dr. Mario de Almeida Castro.
Dr. Joaquim Pimenta.
Dr. Edgar Altino Corrêa de Araujo.

Professores em disponibilidade

Dr. José Joaquim Seabra.
Dr. Clovis Bevilaqua.

Professores honorarios

Dr. Samuel da Gama Costa Mac-Dowell.
Dr. Eugenio de Barros Falcão de Lacerda.
Dr. Epitacio da Silva Pessôa.
Dr. Ruy Barbosa.

Da Restituição da posse por ordem do juiz funccionando administrativamente.

Spoliatus, ante omnia, restituendus est adversus quemcumque spoliantem.

I

Tem-se dicto que o Codigo Civil é uma simples consolidação do direito anterior (1), para significar a timidez e parcimonia de suas innovações. Não é verdadeira a these; mas, se poude ser affirmada por um jurista competente, deve ser tomada como louvor ao Codigo Civil, que, apenas, pretendeu desenvolver a massa juridica preexistente para dar-lhe forma consentanea com o estado actual das coisas, accrescentando-lhe, somente, o indispensavel para attender ás creações já consagradas pela opinião dominante na melhor doutrina.

Não obstante pouco se distanciar, assim, do direito anterior, é sempre um instrumento novo, cujo manejo

---

(1) MARTINHO GARCEZ, *Theoria geral do*, p. V: « Certo é que o nosso Codigo Civil, em projecto, será mais uma consolidação brilhante e synthetica do direito civil patrio com algumas raras scentelhas de novidade do que um vasto monumento de sabedoria juridica ..»

não se vae fazendo sem difficuldades. Ora emprestam-lhe intenções que não podia ter, ora descobrem lacunas, que não existem. Uns esbarram com antinomias insoluveis, decidem outros contra a letra expressa e clarissima, porque têm dos factos compreenção differente. E tudo isso na melhor intenção. Nem valeria a pena deter-nos com os malevolos, cujo esforço improductivo se desfaz entregue a si mesmo.

Convem olhar para o Codigo Civil com respeitosa sympathia, porque é lei do paiz, e a lei, além de ser uma ordem que exige obediencia, é uma expressão de consciencia do povo, da alma collectiva. A sympathia faz-nos entrar nos sentimentos de outrem (2), e nos mostra a sua organização intima e as suas tendencias. Sendo uma dilatação do proprio ser, augmenta-lhe as faculdades de percepção e penetração.

Convem, egualmente, reconhecer no Codigo Civil a sistematização do nosso direito, que tem individualidade, que é dotado de feição propria. Não lhe pretendamos eliminar as particularidades, as soluções originaes, afogando-as na enchente de direito commum do occidente, e, muito menos, forçando-as a se ajustarem ao que se acha estatuido neste ou naquelle paiz culto.

Ninguem disse melhor estas coisas do que Spencer Vampré. O seu novo livro sobre *Interpretação do Codigo Civil* é um manual que devemos ter sempre ao nosso lado sobre a mesa de estudo, ou á cabeceira, para nos saturarmos de suas idéas, e sentirmos com elle. Desse precioso breviario, extraio as palavras seguintes: "Amemole por isso, espalhando, largamente, o respeito por essa obra secular, que é o testemunho mais alto e mais nobre, que neste momento poderiamos dar a todas as nações do mundo, de que o Brasil sente, de que o Brasil tem unidade, de que o Brasil vive como nação, e se assenta digna-

(2) BAIN, *Les émotions et la volonté* cap. V.

mente, ao lado dos povos mais policiados e mais cultos." (3)

II

Vêm-me ao espirito estas ponderações a proposito de um recente julgado do tribunal da Relação de Minas Geraes, que, muito merecidamente, goza do mais elevado conceito, quanto á educação juridica e quanto ao valor moral dos seus membros. E' por isso mesmo, um caso que reclama a attenção, e que, por não ser isolado, por ter similares em varios pontos do paiz, indica uma attitude mental de parte de muitos juristas.

Attendendo á significação intellectual da sentença, proferida por um dos tribunaes que maior brilho dão á alta magistratura do paiz, e á importancia do assumpto, que lhe é objecto, alinho aqui estas ligeiras glosas, em defeza do que entendi ser a verdade juridica, o direito legal.

E' de posse que se trata, materia, entre todas, complexa, ondulante e indeterminada, no direito civil, porque abrange relações juridicas de natureza differente, e, sob certo ponto de vista, se nos afigura um mundo em formação, tal é o numero de theorias inventadas para explical-a. Não é, pois, de estranhar a interpretação dada pelo tribunal de Bello Hirizonte ao art. 506 do Codigo Civil.

Eis a letra desse artigo: "Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse, desde que o requeira, *sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração.*

(3) *Interpretação do Codigo Civil*, pag. 125.

Nada mais limpido. Mas, se alguem invoca o dispositivo em sua defeza, a justiça lhe responde:

"Só por acção processoria pode o violentado ou esbulhado ser manutenido ou restituido na situação de facto anterior; e, como em toda acção é essencial ouvir-se o réo com a sua defeza, e, portanto, que este seja, inicialmente citado, é visto que o art. 506 do Codigo Civil não permitte a manutenção e a restituição do que se diz possuidor molestado ou esbulhado, sem que seja citado e ouvido previamente, o que se diz offensor de posse alheia." (4)

O douto Mendes Pimentel, notou nas eruditas observações que faz ao accordão, em que essa affirmativa se encontra, que tal intelligencia "tem o defeito de contradizer, formalmente, o texto legal." (5)

Não será outro o sentimento de quem quer que a conheça.

Mas porque assim se decidiu? Explica o tribunal: porque no art. 506 "não se criou direito novo, consolidaram-se disposições das Ordenações, III, 40, 2.º; IV, 58, princ. e § 1.º, que nunca se julgou autorizassem reintegração judicial de alguem na posse, por mera allegação de esbulho." (6)

Realmente não houve intuito de innovar o direito anterior. Mas é manifesto o proposito de restaurar um principio salutar, que a lei anterior parece não ter destacado com a clareza e o vigor necessarios, e que a pratica forense, a pouco e pouco foi desvirtuando, a ponto de parecer novidade e causar estranheza quando o Codigo Civil o expõe á luz plena, exigindo que lhe cumpram o mandamento.

A Ord. 3, 40, § 2, termina o seu dispositivo por es-

(4) *Revista forense*, vol. XXX, p. 46.
(5) *Revista forense* cit., p. 44.
(6) *Revista forense* cit. p. 55.

tas palavras: — *o esbulhado*, antes de outra coisa *é restituido á sua posse, de que foi esbulhado.*—O preceito ahi apparece para explicar, com um exemplo, outra situação juridica, a do que nega estar em posse da coisa, que lhe mandam; mas, apezar do enfraquecimento, que possa trazer ao pensamento da lei o modo exemplificativo de exprimil-o, se as palavras se hão de entender como sôam, aquella phrase do Codigo Philippino corresponde, exactamente, á do Codigo Civil, art. 506: "Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse..... sem ser ouvido o autor do esbulho, antes da reintegração."

No livro quarto, titulo quinquagesimo oitavo é dos esbulhadores, que se occupam as Ordenações. E determinam que, se alguem esbulhar outrem da posse, perca o direito que tiver na coisa forçada, em beneficio de que soffreu o esbulho, *e lhe seja logo restituida a posse della* ....."E posto que allegue que he senhor da coisa, ou lhe pertence por ter nella algum direito, não lhe seja recebida tal razão, mas, *sem embargo della, seja logo constrangido a restituil-a ao que a possuia*, e perca todo o direito, que nella tinha, pelo fazer por sua propria força e sem autoridade de justiça."

No paragrapho primeiro, permittiam as Ordenações que o esbulhador *fosse recebido a provar summariamente*, como a coisa era sua, e se tal provasse seria relevado da pena de perder o seu direito. Mas essa attenuação favorecia, somente, a *quasi-força*, isto é, o esbulho clandestino; a *força verdadeira*, o esbulho violento, soffria todo o rigor da lei. Alem disso, essa attenuação somente se referia á perda do direito, e não á restituição da posse: "Porém sem embargo de assim provar, será o esbulhado restituido á sua posse."

Foi, portanto, um principio, uma idéa do direito anterior que o Codigo exarou no art. 506.

Dir-se-á que tal se não praticava, que o esbulhado que não se desforçasse immediatamente, havia de recorrer á acção possessoria, na qual teria de debater a sua posse, com o espoliador. Mas é que o uso forense eliminou ou não quiz ver um remedio, que a lei offerecia, e o Codigo Civil restaurou, com a intenção de lhe dar efficacia, do o ver funccionar, e não para que, de novo, a jurisprudencia o nullifique.

E', pois, este o systema do Codigo Civil, quanto ao esbulho:

a) Aquelle que o soffre poderá restituir-se por sua propria força, comtanto que o faça logo (art. 502).

b) Se não puder ou não quizer desforçar-se, poderá pedir ao juiz que o reintegre, por sua autoridade, sem ouvir o autor do esbulho antes da reintegração (art. 506)

c) Não usando de nenhum desses remedios, terá a seu dispor o interdicto *recuperandae possessionis*, (art. 499) que aliás, não fica excluido pela providencia indicada na alinea anterior.

A restituição do art. 506, por petição da parte e despacho do juiz, é um acto meramente administrativo, confiado ao criterio da autoridade judiciaria, que decretará a restituição, quando se lhe provarem o facto da posse e do esbulho, dispensando a audiencia do espoliador, mas podendo usar dos meios, que lhe pareçam adequados á verificação do que se allega.

O esbulho a que se refere o art. 506 é recente, ou que, pelo menos, não date de mais de anno e dia, porque, passado esse prazo, firma-se a posse, que será manutenida, summariamente, até que, pelos meios ordinarios se prove o seu vicio ou falta de fundamento (art. 508). Não ha que distinguir entre esbulho violento, clandestino ou abusivo.

Não se veja nessa medida extraordinaria da restituição da posse por decisão graciosa do juiz uma defi-

ciencia de garantia para as relações juridicas, porquanto o juiz nada decide, apenas restabelece a situação anterior ao esbulho. E, num systema em que se permitte a reintegração da posse por acto privado do esbulhado, comtanto que reaja immediatamente, sem detença, não é muito que se a permitta por simples mandado da justiça, pela força exclusiva da autoridade.

O fundamento do remedio, nos dois casos, é o mesmo: não merece a protecção da ordem juridica o autor da violencia ou do abuso, porque a dispensou e a offendeu, usando do seu proprio poder, da violencia ou da falsa fé, como se não se achasse em uma sociedade policiada.

III

Outra accusação, que soffreu o art. 506, foi a de se não conciliar com o antecedente e o subsequente, 506 e 507. Mas não procede a increpação. Nem ha mister grande esforço para mostral-o.

O art. 505 consagra o principio da separação do possessorio em face do petitorio :"Não obsta á manutenção ou reintegração na posse, a allegação de dominio ou de outro direito sobre a coisa". E' a regra romana: *separata esse debet possessio a proprietate*. A essa norma admitte-se uma excepção, a do dominio evidente, creada pelo assento de 16 de Fevereiro de 1782, 2.º quesito : "Não se deve entretanto, julgar a posse em favor daquelle a quem, evidentemente, não pertencer o dominio."

Contra esta excepção já se allegou uma irregularidade na formação da lei (7). Tal irregularidade, po-

(7) Refiro-me á questão levantada por ASTOLPHO REZENDE com applauso de MENDES PIMENTEL (*Revista forense* XXX).

rém, não pode ter consequencia, foi sanada pela approvação definitiva do artigo pelos dois ramos do Congresso Federal, e, agora, não me interessa. Interessa-me, apenas, mostrar que não existe antinomia entre a excepção de dominio evidente e o remedio possessorio da reintegração, sem audiencia do esbulhador. Pareceu a Mendes Pimentel que este remedio tranca toda e qualquer opportunidade para que se mostre, evidentemente, que o dominio não é do esbulhado, mas do autor do esbulho (8). Desfaz-se, entretanto, a contradicção apontada, logo que se attende a differença das situações previstas.

Dado o esbulho, aquelle que o soffre pode usar do remedio, que lhe faculta o art. 506, e pedir ao juiz que, sem audiencia do espoliador, restitua as cousas ao estado anterior. Não sendo ouvido o espoliador, não poderá allegar dominio evidente. Se, porém, preferir o esbulhado a acção de força, porque o remedio do art 506 não resolve a questão da posse, poderá ser-lhe opposta a excepção de dominio. Esta excepção só é possivel na acção de força. Não se deve, entretanto, *julgar* a posse, diz o Codigo, isto é, dar sentença na acção proposta. O remedio administrativo do art. 506 é usado fóra do curso da acção, e nada resolve, quanto ao direito de possuir ; apenas elimina o effeito da violencia ou da má fé, como processo de solver pendencias entre individuos.

São, portanto, dois momentos differentes.Na acção de força, (art. 505) poderá apparecer a excepção de dominio evidente; na restituição graciosa, tal se não dá, porque, não havendo acção, não terá o réo opportunidade para allegar essa defeza.

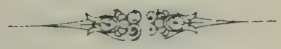
No art. 507, attende-se á qualidade da posse. Sendo de menos de anno e dia, a reintegração somente será concedida contra os que não tiverem melhor posse. Tambem

(8) *Reviata forense*, XXX, p. 43.

aqui se suppõe uma acção, sem debate judicial, ou, se se todos forem duvidosos, para decretar o sequestro da coisa, até se apurar a quem toque.

Se ha uma apreciação judicial de titulos, se ha juizo contraditorio, a situação é, inteiramente, diversa da que presuppõe o art. 506, em que longe de haver contrastação de titulos, apenas se vê o facto, puro e simples, do esbulho, que o juiz faz desapparecer, a pedido do esbulhado, sem audiencia do esbulhador.

CLOVIS BEVILACQUA.



Dr. Joaquim Tavares

Duas idéas, que proporcionaram ensejo ás mais amplas discussões, foram objectivadas em leis do nosso paiz: uma, na reforma do ensino levada a effeito pelo Dr. Rivadavia Correia, ministro da instrucção publica na presidencia Hermes da Fonsêca, e a outra na lei eleitoral Rosa e Silva.

Queremos fazer referencia á substituição da cadeira de "Philosophia do Direito" pela de "Encyclopedia Juridica" na primeira serie dos nossos cursos juridicos, assim como ao *voto cumulativo*, que, como é sabido, constitue a principal innovação introduzida na lei eleitoral Rosa e Silva.

Podemos garantir, baseado nos mais valiosos documentos, que, muitos annos antes de serem taes idéas convertidas em actos legislativos, por ellas se batia o Dr. Joaquim Tavares, que por mais de treze annos exerceu o cargo de director da nossa Faculdade de Direito.

Deve-se dar a cada um o que lhe pertence, e só em obediencia a tal preceito nos abalançamos a tratar deste

assumpto, sem o mais tenue proposito de deslustrar os meritos de quem quer que seja.

Passemos das affirmativas ás provas.

No relatorio, que em 1899 apresentou ao Presidente da Republica, o Dr. Epitacio Pessôa, naquella epocha ministro do Interior, transcreveu varios trechos de um relatorio do Dr. Joaquim Tavares, na parte em que o ex-director da Faculdade do Recife demonstrava a necessidade de ser creada uma cadeira de "Encyclopedia Juridica" no 1.º anno dos cursos de direito e, ao mesmo tempo, a conveniencia de trasladar a cadeira de "Philosophia do Direito" para o 5.º anno, idéa acolhida com enthusiasmo pelo egregio ministro, um dos espiritos mais cultos e mais adeantados do nosso paiz.

Eis um dos topicos do relatorio do Dr. Joaquim Tavares, que o Dr. Epitacio transcreveu, chamando para o mesmo a attenção do Presidente Campos Salles:

"O espirito humano—diz o Dr. Joaquim Tavares, "director da Faculdade de Direito do Recife—qualquer "que seja o objecto que se proponha estudar, começa "sempre por formar desse objecto uma idéa geral, mais "ou menos clara, e completa, segundo os dados de que dispõe.

"A essa operação deve-se dar o nome de synthese "inicial. E' o acto preparatorio, a condição preliminar "de toda investigação, estudo ou trabalho scientifico. De "conformidade com essa synthese, com essa idéa geral "do todo, opera-se em seguida o trabalho da divisão do "objecto do estudo em seus elementos constitutivos, e o "exame detido, aprofundado de todos esses elementos.

"Terminado esse estudo parcial e analytico, procede-se então á reconstrucção do objecto estudado pela "reunião de suas partes componentes—já examinadas e "conhecidas, assignando-se a cada uma dellas o logar

"que lhe compete no todo, conforme suas relações natu-"raes, observadas e verificadas pela analyse. Esta é a "synthese final ou scientifica.

"Partindo dessas idéas, que para mim exprimem o "verdadeiro methodo scientifico, que não pode ser senão "o que melhor se adapta á lei directora do espirito hu-"mano, em todas as suas investigações, reputo uma ne-"cessidade a creação de uma cadeira de encyclopedia "juridica, a qual virá satisfazer a necessidade da syn-"these inicial, de que não podem prescindir os que se "dedicam ao estudo da sciencia do direito.

"Quanto á cadeira de philosophia do direito, ou "ella é a synthese scientifica, o coroamento da sciencia "juridica, e neste caso deve ser collocada no 5.º e ulti-"mo anno, ou não é isso, e então nada exprime, nada "vale e deve ser supprimida."

Hoje, já é por todos sabido que a chamada *Lei Organica do Ensino Superior e do Fundamental da Republica,* de 5 de Abril de 1911, fez uma nova distribuição das disciplinas que devem ser leccionadas nos cursos juridicos, substituindo a antiga cadeira de Philosophia do Direito pela de Encyclopedia Juridica no 1.º anno, o que aliás não foi conservado na actual Lei Maximiliano, que revogou o decreto de 5 de Abril de 1911.

Vê-se, pois, que encontrou acolhida na legislação do ensino no Brazil uma idéa lembrada pelo Dr. Joaquim Tavares, doze annos antes, no seu relatorio de 1899.

Trataremos agora do *voto cumulativo.*

Existe na bibliotheca da nossa Faculdade um importantissimo trabalho escripto em lingua franceza, no anno de 1887, pelo snr. Barão de Ourem, e publicado no "*Bulletin de la Societé de Legislation Comparée.*"

Este trabalho é intitulado "*Etude sur la representation proportionelle au Brésil*", e foi extrahido do cita-

do *Bulletin* para constituir um volume separado, contendo para mais de cem paginas.

Antes de qualquer incursão no livro do snr. Barão de Ourem, faz-se necessario dizer que o dr. Joaquim Tavares representou a antiga provincia de Pernambuco, como deputado geral, no parlamento do Imperio, do anno de 1878 ao anno de 1885, sendo ainda reeleito em 1889.

O Barão de Ourem, dando minuciosa conta de todos os projectos apresentados e discutidos na Camara dos Deputados e no Senado daquella epocha, escreve o que se segue, nas paginas 75 e seguintes da sua citada obra:

"*Le vote cumulatif a été pour la première fois l'object d'une proposition déposée en* 1883 *devant la Chambre des députés.*

"*Le but* principal du projet,—disait Mr. Joa-"quim Tavares,—en exposant les motifs de sa pro-"position, est de remplacer par des districts plus "larges le systême des circonscriptions uninomina-"les, qu'il considêre comme irrationel, absurde, et "qui a donné des resultats detestables, non seule-"ment au Brésil, mais dans tous les pays ou il a été "adopté... Ce systême a brisé les liens les plus "etroits de solidarité et de fraternité politique; or "le jeu régulier de notre régime ne peut se passer "de partis puissants et bien organisés...

"Une autre idée du projet, ajoutait-il, vise á "assurer la representation des minorités; ce prin-"cipe se trouve depuis longtemps dans notre légis-"lation électorale, et je pense qu'il doit être mainte-"nu, sinon pour d'autres motifs, au moins pour "l'effet bienfaisant qu'il produit, en moderant la "lutte entre les parties et en nous préservant d'une

"Chambre d'une seule opinion, ainsi que des gou-
"vernements detèstables. Parmi les procédés em-
"ployés pour faire une realité de ce droit de la re-
"presentation des minorités, je préfère le VOTE
"CUMULATIF, parce qu'il est plus efficace que le
"vote LIMITE', moins embarrassant et d'une pra-
"tique moins difficile que le suffrage uninominal,
"lequel exige les quotients électoraux et la répeti-
"tion des scrutins, enfin parce qu'il a sur tous les
"autres l'avantage d'être celui qui se concilie avec
"la pleine liberté qui doit être garantie á l'électeur."
"(Chambre des deputés, seance du 28 août 1884)...
"Aussi dans la session de 1884, une motion, seignée
"par cinquante-quatre députés, etait déposée afin
"que le projet de Mr. Joaquim Tavares fut unis á
"l'ordre du jour (séance du 23 juillet) mais elle
"n'eut pas de suite)."

Pode-se, portanto, affirmar, sem o menor receio de desmentido, ter sido o Dr. Joaquim Tavares quem primeiro levou ao parlamento brazileiro a idéa do *voto cumulativo*, que só em 1904, ou vinte e um annos depois, veio a ser traduzida em realidade na Lei n. 1269 de 15 de Novembro de 1904 e mantida na lei eleitoral vigente.

O que fica escripto é uma prova, entre innumeras outras, de que o saudoso ex-director da Faculdade de Direito do Recife, Dr. Joaquim Tavares, deixou sempre traços bem vivos da sua passagem pelos elevados cargos que occupou durante a sua longa carreira de homem publico.

Dr. Octavio Tavares.

Ubi lex non distinguit...

O insigne jurisconsulto patrio, Paula Baptista, disse uma grande verdade quando escreveu no seu livro "Hermeneutica Juridica", que a Sciencia do Direito consistia em distincções.

Com effeito: o direito é o complexo das regras de conducta suggeridas pela Moral e tornadas obrigatorias pelo Poder Publico.

Elle se concretisa nas leis, cujas espheras, pode-se dizer, giram dentro desses pontos cardeaes já indicados pela Lei 7.ª do Dig. De legibus:—"imperare, vectare, permittere, punire'—como limitando o circulo de actividade de cada um para tornar possivel a actividade de todos, como formando um systema de freios aos impulsos egoistas de cada um para tornar possivel a liberdade de todos, como constituindo barreiras a roda de cada um para garantir o gozo de todos aos bens da vida.

Mas, por isso mesmo que as relações são cada vez mais complicadas entre os individuos, essa teia, que o Di-

reito vem urdindo em volta delles para lhes assegurar os licitos interessés, cada vez se complica tambem mais.

De modo que, fazer as leis que bem alcancem conciliar os interesses individuaes com o interesse social, applicar as leis de modo conveniente á realisação desse equilibrio, ensinar as leis sem desviar-se desse escopo supremo, é tarefa difficil e que exige, a cada momento, do legislador, do magistrado, sobretudo do magistrado— do professor, as necessarias distincções.

Nestas condições, como admittir por verdadeiro, ao menos sem as necessarias distincções, o principio de que "ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere potest?"

Não é possivel.

Consultemos a respeito algumas opiniões.

O proprio citado mestre, Paula Baptista, no § 38 da sua citada obra, "Hermeneutica Juridica", assertou:

"Si os casos occorrentes são de natureza diversa, algumas vezes não basta ter conhecimento das razões da lei; mas é mister distinguir as diversas especies e procurar as razões de decidir nos principios scientificos, que regem as diversas instituições de direito, a que cada uma das diversas especies pertence, principios estes que o legislador julgou, como sabidos, evitando assim fazer lei casuistica e por isto mesmo defeituosa. Fica subentendido que, quando a disposição da lei é clara e limitada, se não deve fazer distincções arbitrarias, que enervem o seu sentido e destruam a sua generalidade".— E, em a nota 2.ª a esse §, accrescenta:

"Tal é o sentido da famosa regra "ubi lex non distinguia, nec interpres distinguere potest" tão frequentemente citada e nem sempre a proposito. Saber quando se não deve distinguir e saber bem distinguir nos casos

em que cabem distincções, é esse um dos pontos em que se manifesta o grande merecimento do jurisconsulto."

Laurent, no seu "Cours Elementaire de Droit Civil", pag. 71, ensina: "Eu tenho dito muitas vezes em meus "Principes de Droit Civil", que é preciso distinguir quando o motivo mesmo sobre o qual a lei é fundada necessita de distincção. Eis ahi um caso em que a questão é controvertida. O art 1384 (Cod. Fr.) declara os pais responsaveis pelo damno que seus filhos menores, residindo em sua companhia, causem a alguem. Esta disposição se applica aos menores emancipados? Não. Objecta-se que a lei é geral e que não é permittido ao interprete distinguir.

Eu respondo que é preciso distinguir, quando a distincção resulta do principio mesmo que se trata de applicar. Porque razão se presume o pai em culpa?

E' porque elle é legalmente obrigado a vigiar o filho menor. Logo, elle não pode ser mais responsavel depois da emancipação, porque não tem mais o dever legal de vigilancia."

Egual exemplo se poderá citar, entre nós, com o caso do art. 429 do Codigo Civil, pois ahi os menores não podem ser, como alguns pretendem, todos os menores, visto como, alem de estar o artigo no Capitulo em que se trata da Tutela, accresce que os direitos do tutor são sempre mais restrictos do que os do pai, conforme o art. 386.

Aubry et Rau, "Cours de Droit Civil Français", vol. 1.º doutrinam:

"A lei é applicavel a todos os casos que, ainda não litteralmente indicados em sua redacção, se acham, entretanto, nella virtualmente comprehendidos, conforme seu espirito. Esta regra é a base da interpretação extensiva. Em sentido inverso , uma disposição legal não é

applicavel aos casos que seu texto parece, na verdade, comprehender, mas que se acham excluidas por seu espirito. "Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio."

Esta maxima não está em opposição com a regra "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus", que não exclue de maneira absoluta toda interpretação restrictiva.

Si, em geral, não se deve restringir uma lei concebida em termos geraes, é, entretanto, permittido fazel-o, quando sua applicação, em toda extensão de seus termos e sem distincção, ultrapassa evidentemente seu fim ou se acha em opposição manifesta com o seu motivo."—

Paul Vander Eycken, "Methode Positive de l'Interpretation Juridique", enfim adverte: pag. 273:

"Si este argumento —"não se pode destinguir onde a lei não distingue"— possuisse um valor absoluto, seria preciso applicar os textos a todos os casos aos quaes sua lettra se adapta. Ora, isto não se faz. Para que o direito fique simples e pratico evita-se multiplicar os textos; segue-se dahi que os de forma abstracta e geral, são fatalmente estendidos a casos que elles não visam realmente; remove se o perigo interpretando-os restrictamente. A existencia mesma desse genero de interpretação está em opposição com o argumento de que "não se pode distinguir quando a lei não distingue."

O principio só é, pois, verdadeiro em certas circumstancias; não se pode usar delle cegamente; deve-se procurar saber em cada caso si elle é applicavel na especie. E' um problema de teleologia. Só o fim da lei pode fixar-lhe o alcance e legitimar ou proscrever uma distincção. O adagio que prohibe distinguir é assim limitado por este outro que "o imperio da lei cessa, quando sua razão de ser tem cessado."

E, assim, outros.

De tudo quanto fica exposto se conclue que é perigoso o emprego do principio "ubi lex non distinguit nec interpres distinguere potest" sem ao menos as necessarias distincções..

E' exactamente para esse ponto que eu quero chamar a attenção dos que começam a estudar o direito, afim de evitarem os escolhos.

E 'o conselho de Breal que ponho em pratica: — "transmittir aos novos a experiencia adquirida pelos mais velhos".—

———o———

Eu, porem, vou mais adiante. Si é perigoso o emprego do principio "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"; si esse principio só é verdadeiro em certas circumstancias; si não se deve usar delle cegamente; si se deve procurar saber em cada caso si elle é applicavel na especie; si, enfim, só o fim da lei é que pode fixar-lhe o alcance e legitimar ou proscrever uma distincção, não seria melhor inverter os termos, proclamar o principio contrario como de muito maior generalidade e de muito mais seguro resultado e ensinar que, onde a lei não distingue, cabe ao interprete fazer as necessarias distincções? E' o que me parece.

E não faltam razões valiosas para sustental-o.

Antes de tudo, convem notar, aproximando-se a gente de Savigny, (Trat. de Dir. Rom. vol. 1.º) que a "interpretação é o processo de reconstrucção do pensamento contido na lei."

A lei, sabe-se, surge naturalmente das necessidades da convivencia social e é o povo, como bem o faz notar Picard, no seu "Direito Puro", quem primeiro a balbu-

cia, para depois ser expressa num preceito generico, abstracto, decisivo, pelo legislador.

Mas, nem sempre o legislador traduz bem claramente o sentimento geral, ou porque não comprehendesse perfeitamente a necessidade da regra ou porque não empregou linguagem apropriada.

De modo que, ainda com Savigny, "a interpretação deve acompanhar a applicação de todas as leis á vida real e não somente limitar-se aos casos accidentaes de obscuridade."

Interpretar é distinguir de todos os sentidos possiveis de uma lei, o que corresponde exactamente ao fim social e isto cabe em todas as leis.

Sim, porque a primeira cousa é saber logo si todas as leis são claras de modo a dispensarem a interpretação.

Sel-o-ão ?

A esse respeito discorre judiciosamente o cit. Paul Van der Eycken, ob. cit:

"Antes de tudo, que se deve entender por uma lei clara? E' aquella cujo sentido se exprime pela lettra do texto. Mas, para saber si o texto apresenta esse caracter, é preciso que o sentido seja conhecido, isto é, que se tenha procedido á interpretação.

A verificação da clareza é, pois, consecutiva á interpretação e, longe de dispensal-a, ella a implica.

E' verdade que, as vezes, antes de haver interpretado um texto, nós dizemos que elle é claro; mas isso não é mais do que pura impressão: attribuiu-se um sentido a esse texto e parece que nem nos textos visinhos nem nas circumstancias do facto ha qualquer cousa de contrario ao sentido supposto. Tal opinião não apresenta nenhum caracter scientifico. Frequentemente, o que se affigurava claro deixa de sel-o em consequencia de um exame mais aprofundado.

Quando ha mesmo unanimidade para declarar que um texto é claro, esse sentimento não provem da perfeição dos termos, mas antes de que a realidade a que o texto corresponde é evidente para toda gente.

A clareza de um texto pode ser, alem disso, constantemente posta em questão. A pratica fornece perpetuamente casos novos e com elles novas duvidas que a engenhosidade dos interesses está prompta a propor. Somos assim obrigados a fixar a exacta comprehensão de um texto sob um aspecto até então desprezado e o sentido, que tinha sido claro no ponto de vista dos casos precedentemente considerados, pode parecer duvidoso no dos casos sobrevindos em ultimo logar.

... ...

Quando se pretende decidir si um texto é claro, conforme a inspecção que delle se faz, não se pode chegar senão a uma affirmação pessoal. Laurent acha muitas vezes claro o que outros acham obscuro; pelo contrario, acontece-lhe achar obscuro o que outros proclamam perfeitamente claro.

Usar dessa noção, pretender dar-lhe um valor scientifico, só pode ser o facto de um espirito autoritario, arrogando-se a decidir do que é claro, do que é obscuro e considerando sua opinião como indubitavel.

... ...

M. Planiol, aliás muito afastado das idéas de Laurent, fala tambem de textos claros e admitte que possam ser interpretados em certos casos.

Mas, essa necessidade, existindo em certos casos, torna sempre possivel perguntar si ella não existe na especie em questão, si a apparencia de clareza não é especiosa; e, desde então, não é nunca possivel escapar á obrigação de interpretar."

Já se vê, pois, que, sendo necessaria a interpretação das proprias leis que parecem claras, cabe ao interprete sempre distinguir onde a lei não o fez.

Mas, não é só.

Sabe-se que a interpretação tem variado acompanhando a evolução do espirito humano.

Nos primeiros tempos ella era puramente litteral.

O espirito, pela ignorancia e influencia da religião, estava preso a palavra da lei, que era a expressão da realidade.

"Nunca em parte alguma (observa Ihering Esp. do Dir. Rom., vol. 3.º), esta fé na palavra foi mais profunda que na antiga Roma, onde o culto da palavra domina todas as relações da vida poblica e da vida privada, da religião, dos costumes e do direito. Para o velho romano a palavra é uma potencia; ella liga e desliga".

O respeito á lettra da lei era absoluto; não se faziam distincções ou se faziam muito poucas.

Mas, depois, o espirito se desprende desses grilhões e sobe a uma segunda phase, a phase da interpretação logica que se considera o direito constituido pela vontade do legislador. O respeito desta vontade toma o logar do respeito á formula; o campo da expressão é restricto ou estendido aos limites que o espirito lhe attribue, porém os horisontes se alargam.

Sua vontade se procura nos textos e, subsidiariamente, se esclarece pelo uso, pelos trabalhos preparatorios, pela tradicção; já não se estudam os artigos da lei isoladamente, mas em seu conjuncto, comparando-a com o conjuncto da legislação; busca-se a *ratio juris;* funda-se um systema; traçam-se regras: como observa o cit. Van der Eicken.

"Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem:" já dizia Celso.

E, ahi, na propria Roma, depois da interpretação litteral se passou a logica e se chegou mesmo á positiva, procurando os pretores, como fez bem sentir Ihering, adaptar as leis aos factos, de onde a riqueza prodigiosa daquelle direito, que forneceu a maior parte das normas para os codigos modernos.

H. Capitant, "Inst. á l'Etude du Droit Civil", por sua vez, nos declara que é, "antes do mais, á formula do texto que convem pedir o seu segredo; mas, si isso não basta, é preciso procural-o nos trabalhos preparatorios, nos precedentes historicos, no fim que o legislador teve em vista, nos interesses que elle quiz salvaguardar, nas necessidades economicas que elle tem querido satisfazer, nas considerações sociaes, moraes, politicas, que tem inspirado sua decisão, parecendo mesmo que a determinação do fim deve ser o modo mais seguro de descobrir o pensamento do legislador, porque a lei, como todo acto humano, é dictada para realizar um fim determinado; e, enfim, o sentido do texto sahirá algumas vezes do destaque do principio ao qual elle se liga e de que elle não é, na intenção de seus autores, senão uma consequencia logica.

Assim, pelo emprego e combinação desses diversos processos, aos quaes se devem juntar tambem os meios secundarios que fornece a logica, o interprete chegará a restabelecer o verdadeiro pensamento do legislador".

Dernburg, Pandette, § 34, de outro lado, nota que o conceito da lei deve ser expresso no documento da lei: por este ella nos deve falar; mas não é necessario que resulte immediatamente das palavras da lei. O texto da lei desperta em nós representações, que não estão expressas nas simples palavras da lei e que nós, contudo, reconhecemos com precisão, como pertencentes a lei.

A interpretação não deve pois considerar como nor-

ma o que está expresso directamente na lei, mas ainda, por egual medida, quanto na lei se exprime indirectamente.

E o que se pode chamar o *conteudo latente* da lei."

Donde se evidencia, que nessa segunda phase, já é preciso fazer distincção, a cada momento, para conhecer bem o espirito da lei.

Finalmente, com o estudo dos methodos inductivo e deductivo, desdobrando-se e constituindo-se a sciencia sobre as bases positivas da observação e da experiencia, chega-se a phase ultima da interpretação scientifica, em que, assentado que lei é o resultado de uma necessidade social, a interpretação só pode ser a procura do fim que dictou a lei.

Não mais a vontade arbitraria do legislador, mas o que este deveria ter querido, embora não o dissesse.

Entretanto, penetrar essa vontade, demonstral-a, é uma cousa complexa, que só se consegue reflectindo bem, como pondera o cit. Van der Eycken, sobre a hierarchia dos fins: a subsistencia, a liberdade, a egualdade, a segurança, etc., para fixal-a e utilisal-a em proveito da sociedade.

E, ahi, que de distincções não é preciso fazer para determinar com segurança qual o verdadeiro sentido da lei, tendo sempre em vista que o direito é um meio e o alvo ultimo a attingir para a sociedade que se coage afim de viver dentro das normas delle, é a felicidade geral?

Alem disto, occorre observar ainda que, conforme a especie da lei, a interpretação varia.

De facto: si vamos estudar uma lei civil, cuja sancção é a nullidade de sua transgressão ou uma indemnisação do prejuizo causado, a interpretação pode ser ampliativa por analogia ou paridade á casos novos.

Mas, si se trata de lei criminal, cuja sancção é a pri-

vação da liberdade, além de outras penas, o respectivo Codigo declara positivamente não ser admissivel a interpretação extensiva por analogia ou paridade para qualificar crimes ou applicar-lhes penas. (Art. 1.º).

Ainda mais: dentro da propria esphera da lei civil, faz-se mister distinguir si a lei é geral ou especial, si a lei prejudica ou não algum direito adquirido, si a lei é constitucional ou fere dispositivo da lei fundamental, etc.

De maneira que, em resumo, ha sempre e sempre necessidade de fazer distincções para interpretação da lei e applicação de seu principio abstracto aos variadissimos casos concretos que surgem na pratica da vida.

E por isso penso que, em vez de se dizer "onde a lei não distingue a ninguem é licito fazel-o, se deveria ensinar que: onde a lei não distingue, incumbe ao interprete distinguir, para poder chegar com acerto ao perfeito conhecimento de que ella quer.

E' uma opinião, que submetto á censura dos doutos.

Dr. Hersilio de Souza.

Commercio e Romanismo

Uma vida intensa, como a dos tempos modernos; um commercio multiforme, variadissimo, rapido, como o actualmente existente, mal deixam comprehender que em tempos idos fosse, senão juridicamente regulamentado, pelo menos praticado de um modo uniforme, ou segundo regras certas, obrigatorias para todos, aquillo que modernamente chamamos de —O commercio.

Claro é que não é possivel paridade; que não ha possivel comparação entre o que se praticou e o que se pratica; entre o que se praticou a 100, a 200 annos e o que se pratica hoje em dia. Muito menos haverá semelhança entre o que hoje se pratica e que se praticou ha mais de 2.000 annos; mas d'ahi a se poder dizer, affirmar, de um modo absoluto, que na epocha romana o commercio não existiu, e que o direito romano deixou completamente de lado a protecção, ou o reconhecimento juridico das obrigações oriundas do trafico mercantil, vae um mundo de distancia.

O povo romano, o povo rei da antiguidade, foi, por excellencia, um povo guerreiro. A nobillima carreira das armas, sem duvida alguma, foi a primeira entre todas as escolhidas dos grandes homens de então, o que todavia

não impediu que durassem até hoje as conquistas dos Gaius e Ulpianus, dos Paulus e Papinianus, e que desaparecessem para sempre, muito antes de findo o primeiro millenio de nossa era, os productos da obra das armas.

A mesma cousa, seculos depois, ha pouco mais de um, succedeu ás conquistas do grande Corso, Imperador dos Francezes. De seus grandes e inegualaveis feitos militares quasi que não resta senão a memoria; dos Codigos Napoleonicos, impostos ao mundo de então pela França vencedora, bem facil é verificar, a quem quer que seja, que a influencia franceza penetrou todos os paizes, todas as raças, todos os codigos.

O commercio de hoje não é mais o de tempos idos? Os romanos não o praticaram, como hoje o praticam os povos modernos?

Um conceito diverso se tinha e se fazia, nesses tempos longinquos, da profissão mercantil?

Nem por isto deixou o commercio de existir; nem por isto deixou de ser praticado; nem por isto deixou de ser protegido; nem por isto deixaram de delle se occupar os grandes mestres da sciencia do direito:—os jurisconsultos romanos.

Si um direito commercial autonomo não foi conhecido, é cousa diversa; si a dichotomia do direito privado era uma cousa em que se não falava nem podia falar então, nem por isto dizer se pode que a sabedoria romana não penetrou os humbraes da sciencia e da pratica commerciaes.

A propria antiquissima divisão das cousas, (Inst. 2. 20. 4.) em cousas *in commercium* e *extra commercium*, de sobra o prova.

Roma foi a conquistadora e foi a capital do mundo,

e foi principalmente o *emporio commercial* do mundo de então.

Edificada ás margens do Tibre, não longe de Alba, os seus principios foram pouco conhecidos; habitada em seus primeiros tempos, por bandoleiros e ladrões, não procuraram estes posição de facil trafico com os habitantes circumvisinhos, mas de facil defeza contra os mesmos, continuamente encommodados pelos da nascente cidade.

Por isto, em vez foz do Tibre, das margens do mar, procuraram os fundadores as sete collinas que formam o systema Quirino-Palatino, contrafortes da cordilheira dos Appeninos.

O accesso a Roma era difficil tanto por terra, como pelo rio, como pelo mar; e não foi senão com Tiberio que se lhe procurou dar o porto de Ostia.

Bandoleiros e ladrões, homens affeitos á luta, os primeiros habitantes de Roma, eram oriundos de todas as raças que então habitavam a peninsula italica; eram italiotes, ou naturaes da peninsula; eram gregos e arabes, levados ás plagas italianas em procura de mais ferteis terras, que foram povos sempre dados á agricultura; eram egypcios e phenicios, dados ao *commercio* e que lá se estabeleciam na gerencia de estabelcimentos commerciaes destes grandes povos commerciantes da antiguidade; eram desgarrados descendentes egressos dos desgraçados habitantes da velha Troya (1); eram finalmente os extranhos representantes da rude gente descida talvez das longinquas e desconhecidas regiões do norte, e que se chamavam os Etruscos, broncos, fortes, energicos, e que, entrando vencidos para a grei romana, foram todavia os que lá chegaram em maior numero. (2)

---

(1) *H. Cnos.* Histoire du Commerce. 1896.
(2) *A. Segre* Storia del Commercio. 1913.

Esses Etruscos habitavam o norte da Italia muito antes da fundação de Roma. Eram um grande povo, agricultor, industrial e commerciante.

Mas os gregos exerciam verdadeira preponderancia commercial no sul da peninsula e Carthago era senhora do Mediterraneo. A Sicilia e a Sardenha eram o pomo de descordia entre os tres grandes povos, e os Etruscos querendo se aproveitar da rivalidade entre a Grecia e Carthago, lançaram-se contra elles em guerra.

Esmagado o poder Etrusco, lançaram-se os Carthaginezes contra a Grecia, e, vencida esta, ficaram sós no campo. Assim os Etruscos estavam muito enfraquecidos quando o Lacio, visinho de suas terras, passou a formar a nação Romana.

E fundada a cidade ás margens do Tibre, confinantes das terras etruscas, mal Roma começou a desenvolver se, travou se a luta entre as duas populações; em menos de um seculo a nação etrusca, mais trabalhadora, mais numerosa, mas enfraquecida pela sorte das armas vencedoras de Carthago, tinha sido absorvida pela força nascente da cidade eterna.

Roma era senhora, mas os Etruscos foram o povo que deu a raça latina, aos romanos de então, a sua caracteristica essencialissima de povo guerreiro e dominador, pois que, dominado embora, elle impoz as regras da existencia social á nova nação; impoz a lei, fundou com bases innabalaveis a sciencia do direito; creou a consciencia juridica nacional, e d'ahi o amor ao estudo das regras da sciencia social por excellencia, do direito emfim. (3)

Grande pelas armas, grandiosa e magnificente pe-

(3) *A. Segre*. Op. Cit. *H. Cons*. Op. Cit. 1896.

las suas construcções, pelo seu luxo, pelas suas riquezas, pelo fausto de sua vida, Roma foi dominadora do mundo pela força de seu direito, ou pela obrigatoritdade de suas leis, mais do que por qualquer outro facto.

As relações de individuo a individuo; as obrigações, que nasciam de qualquer das suas fontes geradoras, eram, a principio, em pequeno numero. A cidade não tinha grandes necessidades; os roubos e latrocinios proviam a todas ellas com relativa facilidade.

Mas a futura domindora do mundo, capital dos Cesares, patria dos Scipiões, crescia e se desenvolvia. As suas necessidades se multiplicavam de um modo espantoso, e, assim, os productos da rapinagem eram, e não podiam deixar de ser, insufficientes para manter-lhe a vida.

Em consequencia mesmo, pois, desta vida de latrocinios da nova cidade, as cidades e regiões visinhas foram pouco a pouco devastadas; as suas populações, desanimadas, deixaram de se entregar ao cultivo dos campos, á agricultura, e, ameaçada pela fome, Roma que escravisára já taes populações, sentiu a necessidade de *tratar* com outras populações.

E o povo accostumado a viver do trabalho dos outros povos, começou a sentir necessidade de procurar obter com que viver, sem reduzir á fome os que lh'a matavam.

Começou, portanto, a desenvolver o seu commercio.

O desprezo dos orgulhosos patricios romanos pelo commercio, era mais fingido que real. Profissão de escravos, como diziam elles, era exercida em proveito delles.

Patricios havia que possuiam 10 ou 20 mil escravos; uns trabalhavam os campos e villas de seus senhores e outros entregavam-se ao commercio dos productos dos mesmos campos... em beneficio dos senhores, que en-

chiam com os lucros desse commercio as largas arcas de sua fazenda e fortuna particulares. (4)

De escravos a profissão, mas dos senhores os proventos da mesma!!

Assim, basta o desenvolvimento de um raciocinio para demonstrar que a propria natureza das cousas faz patente a existencia de um commercio vultuosissimo na velha Roma.

Apparentemente, este commercio era somente exercido pelos escravos e libertos, que não gozavam do *jus Civitatis;* mas como o proveito era dos senhores, se pode dizer que estes o exercitavam.

Na verdade, porém, os proprios patricios exercitavam largamente o commercio, que hoje chamamos de cambiario, como o de prestadores de dinheiro.

E o faziam com tão deslavada immoralidade, com tão desbragada uzura, que, quando Marcus Brutus deu á cidade de Salamina vultuoso emprestimo com os juros de 48 o|o ao anno, foi tido por modesto; que, quando T. Pomponius Atticus deu a Athenas o emprestimo de que necessitava "para livrar-se de ferozes vencedores" (5), a eguaes juros de 48 o|o, teve da infeliz cidade os agradecimentos e gratidão publicamente votados.

E Giuseppe Carle mostra como desde os primeiros annos de sua existencia e, antes do absorvimento Etrusco, (6) os romanos commerciavam com esse povo, nas *feiras* que estabeleceram em territorio neutro.

E que origem verdadeira tiveram as guerras punicas?

Que razão bastante forte poderia levar Asdrubal á grande luta, senão o dominio do Mediterraneo?

---

(4) *A. Segre.* Op. Cit.
(5) *A. Segre.* Op. cit.
(6) *G. Carle.* Le origini del Diritto Romano

E que outra razão fez a Annibal, o incomparavel capitão, talar os campos ibericos, levando em seguida a guerra ao coração mesmo do grande imperio romano, commettendo a formidavel façanha da dupla travessia dos Pyreneus e dos Alpes, senão o desejo, a necessidade, de afastar o concurrente commercial destemeroso?

Não somente, porém, a sequencia historica, não somente o desenvolvimento de um raciocinio provam a existencia de um largo commercio em Roma; e como um largo commercio existia, a lei garantiu este commercio, e as obrigações delle oriundas eram plenamente reconhecidas, não como obrigações commerciaes, mas como de direito civil, quando contractadas entre cidadãos romanos, como do *jus gentium* ou do *jus naturale* quando com extrangeiros, ou por escravos e libertos.

Não era conhecida ainda, nesse tempo, a "calamitosa" (7) divisão do direito privado, em dous ramos,—o direito civil e o direito commercial.

A legislação justinianea destinguindo as cousas em —*res quae in commercium sunt* e *res quae in commercium non sunt,* bem que em termos não muito positivos, incontestavelmente reconhecia a existencia de um commercio incipiente na nascente nação; e, melhor que a passagem citada das Institutas, temos diversas referencias expressas no Digesto e no Codigo.

Assim no Dig. XVIII. I. 34, 1., onde disse o grande Paulus "*mores civitatis commercio* exuerunt"...; e no mesmo Dig. XVIII. I. 6. pr., onde escreveu Pomponius prohibindo o commercio das cousas publicas, das sacras ou das que são de uso publico, como o Campo de Marte; ainda no Dig. XXX. I. 39, 10. onde escreveu o velho Ulpianus "...quoniam *commercium* eorum, nisi

(7) *T. de Freitas.* Representação ao Governo sobre o Codigo Civil.

jussu principis...", e um titulo inteiro, qual o do Codigo IV. 43, que se intitula "De commerciis, et mercatoribus".

Tambem Paulus em suas *Sententiae* trata das leis Rhodianas *de nauticis* (8) ; Pardessus affirma que já Catão, o Antigo, praticou o emprestimo a cambio maritimo; e é cousa sabida que ao tempo de Cicero e Cezar a Gallia estava cheia de commerciantes, nenhuma operação se concluindo sem que nella tomasse parte um cidadão romano. (9)

Dir-se-á que tudo isto é de direito novo, e não velho *juris civilis romanorum;* e mais que a distincção das cousas n'aquellas cathegorias—*in commercium* e *extra commercium*—não pode significar um conhecimento da pratica commercial, nem que em Roma se protegia as obrigações oriundas desta mesma pratica, porquanto dita distincção servia apenas para differençar as cousas susceptiveis de cahir sob o dominio de alguem, das que o não podiam. (10)

Nada menos certo, nem menos historico, porquanto. primeiro, já Ulpianus em suas Regras. Tit. XIX, n.º 5, escrevia —"*Commercium est emendi vendendique invicem jus*", definindo assim, ou procurando definir o que seja commercio, e ninguem dirá que o direito compendiado nas Regras do velho Jurisconsulto possa ser considerado direito novo; segundo, porque sempre que a legislação romana se refere a tal distincção ou divisão das cousas é se referindo a transferencia de propriedade, sendo que, na já citada regra de Ulpianos, fala elle n'um *jus*, e que no Digesto XVIII, I. 34 pr. e § 1.º tambem já citado, faz Paulus referencia expressa a compra e venda.

---

(8) *A Desjardins*. Droit. Commercial Maritime, vol 9.º
(9) *H. Cons* Op. Cit.
(10) *Savigny*. Systema. Vol. 8.º ed. ital. pag. 189.

Ora, sendo sabido que o direito commercial já foi tido como o regulador das compras e vendas; sendo sabido que as primeiras ideias que se teve de commercio foram sempre que elle consistia na compra e venda e que somente depois de Romagnosi se teve a noção moderna do que seja o commercio, se terá como verdade incontestavel ter sido injustissimo o egregio Montesquieu, quando, no seu "L'Esprit des Lois", escreveu que o espirito guerreiro dos romanos os afastava do commercio e das cousas commerciaes, em que jamais pensaram. (11) ,

Não, não foi justo nem verdadeiro o incomparavel pensador.

Si os Romanos, em seus primeiros tempos, cuidavam mais do exercicio das armas que do commercio, não é menos certo que sem mesmo entregarem-se os patricios á profissão mercantil, salvo a de cambio e emprestimos, um commercio intensissimo existiu sempre na grande cidade, que delle tinha absoluta necessidade, já para alimentar-lhe o ventre, já para ornar e doirar as residencias e palacios senhoriaes dos finos objectos e estatuas das refinadas artes grega e egypcia, já para adornar os collos e braços das grandes damas romanas com as jois lapidares, com as finas esmeraldas e com ricas perolas do oriente.

O romanismo, pois, que, para se tornar romantico, afasta da cidade eterna a ideia da existencia de um commercio exhuberante, erra e não pode deixar de errar, porque o amor das armas não exclue o exercicio das profissões necessarias a vida dos povos, tal como o commercio.

Dr. *Joaquim I. de Almeida Amazonas.*

---

(11) Montesquieu L'Esprit des Lois. Liv. XXI cap. XIV.

Direito Formulario

1—Realisação pratica do direito. 2—Meios de tornar sensiveis e reaes os actos e relações juridicas. 3—Necessidade da prova e da garantia effectiva desses actos. 4—As formas symbolicas e as palavras sacramentaes. 5—O formalismo. 6—Seus inconvenientes. 7—Sua necessidade. 8—A sciencia e arte que trataria dessa materia. 9—Pratica Forense, Pratica Juridica, Praxe, Direito Formulario.

1—A realisação pratica do direito pode significar ou o modo de exprimir as regras e conceitos, de que elle se compõe, ou o meio de applicar a norma já conhecida aos factos occorrentes.

Quanto á primeira accepção, deve-se notar que o direito não é uma *ideia simples* reproduzindo um objecto material e sensivel, mas está no dominio das *ideias geraes*, e se manifesta como uma pura concepção do pensamento; é uma ideia *abstracta*.

Mas as ideias como actos do pensamento não podem por si ter forma definida e accessivel a todas as intelligencias; e o direito existe e tem por fim reger as acções de todos os homens.

E' preciso portanto transformar o direito, de uma pura concepção ideial e abstracta em uma forma con-

creta e sensivel, correspondente a um objecto material que possa ser utilisado e applicado quando preciso.

Como para todas as ideias geraes, o meio de dar forma e existencia ao direito foi sempre a linguagem. (1)

No começo da civilisação humana era a regra juridica expressa em proposições, cuja conservação só podia ser confiada á memoria.

Para isto dava-se-lhe uma forma succinta de periodos simples e breves e até rithmados.

Era uma verdadeira forma poetica accessivel á memoria e facil de ser repetida.

Depois com a escripta utilisou-se uma forma mais duradoura, gravando-se a lei em taboas de bronze ou de madeira.

Por ultimo as normas juridicas consistem em proposições acceitas pela sciencia e admittidas nas leis e nos codigos. (2)

Dado assim o meio de conhecer a norma juridica e tel-a como objecto sensivel e material para satisfazer ás necessidades occorrentes, vejamos os meios de sua applicação effectiva aos factos da vida commum. E' nisto que consiste mais propriamente a *realisação pratica* do direito. (3)

2—Da mesma forma que a lei precisa ser materialisada em uma forma sensivel e apparente, os actos e relações da vida juridica, por ella regulados, precisam tambem de certas *formas exteriores* que sirvam para caracterisal-os e dar-lhes existencia real e visivel.

---

(1) C. *Richet*. *Psychologie Generale*. 1903 Cap. 8 pag. 142.

(2) *P. Cogliolo*. *Filosofia del Diritto Privato*. 1891 § 7, pag. 102.

(3) Para desenvolvimento desta parte veja-se Jhering *Esprit du Droit Romain*. Trad. Meulenaere, vol. 1 pag. 50 e seg. vol. 3 pag. 19.

Demais esses actos se fundam na vontade das partes, e sendo a *vontade* um facto intimo, precisa de uma *forma exterior* para que seja conhecida.

Para isto o meio empregado é tambem a palavra oral ou escripta.

Nos tempos primitivos, em que não havia ainda a escripta, prevalecia naturalmente a forma oral.

Tambem as palavras empregadas com o fim de dar ao acto um relevo especial, caracterisando-o em uma forma exterior, eram acompanhadas de gestos especiaes, e consistiam em vocabulos certos e determinados que afinal tornavam-se puramente *formaes*, e com significação differente da commum.

Então a forma da *regra juridica* chegava a confundir-se com a forma do ACTO que ella deveria regular, de modo que se podia dizer com Cogliolo que um certo facto ou uma certa regra só se tornavam juridicos quando eram revestidos de alguma forma e assim podia-se dizer que não havia institutos juridicos, e sim formas juridicas. (4)

Ainda hoje, quando se trata de forma puramente verbal, as palavras são pronunciadas segundo um certo ritual em tom solemne, e as mais das vezes acompanhadas de actos e gestos determinados que melhor possam despertar a attenção das partes e das pessoas presentes.

Tal é a forma do juramento que se pronuncia de pé com a mão sobre um livro sagrado ou sobre a mão do juiz.

Taes são no casamento as palavras que o presidente do acto pronuncia, devendo levantar-se, como recommendava a lei que vigorou até pouco. (5)

---

(4) *P. Cogliolo*. Ob. cit. § pag. 164.

(5) Cod. Civil, art. 194. Dec. 181 de 24 de Janeiro de 1890 arts. 26 a 28. Certas formalidades exigidas nesses ar-

Da mesma natureza são as formalidades e requisitos ainda hoje exigidos para a validade de certos actos. (6)

Nos casos mais communs é a subscripção ou o comparecimento de testemunhas que possam confirmar e provar as declarações feitas.

De outras vezes é a exigencia de forma escripta, de preferencia á verbal, como meio mais efficaz e duradouro de verificação do acto realisado.

E se ainda mais importante é o acto, exige-se a intervenção de um funccionario publico, a presença de um magistrado ou o registro do acto em repartição publica especial.

3—Essas praticas e exigencias para a realisação do direito não proveem do arbitrio do legislador nem assentam em usos injustificados, mas se fundam na necessidade da prova e da garantia effectiva dos actos e relações juridicas.

Muitos actos da esfera do direito se constituem, se realisam e se executam commumente sem deixar vestigio apparente de sua existencia.

São os actos da vida commum, que não suscitando duvidas em sua realisação ou só estando sujeitos a pequenas divergencias que as partes resolvem de pronto, não precisam de prova ulterior. (7)

---

tigos e que não foram reproduzidas no Codigo Civil devem-se ainda observar: são como que formas processuaes.

(6) Por exemplo, a descripção dos bens dotaes, e a declaração de que ficam sujeitos ao regimen dotal, para que esse possa valer. Cod. Civ. art. 278: a especificação das solemnidades observadas no testamento publico Cod. Civ. art. 1634, em geral a falta de qualquer solemnidade exigida nos testamentos.

(7) Por exemplo, nas vendas a dinheiro e nas trocas dos objectos moveis, em muitos contractos de locações de serviços, de transportes de pessoas e de cousas. Bem considerando, esses actos são os que se dão em maior numero.

Mas ha muitos actos e relações de direito que se destinam a uma duração prolongada, devem produzir effeito depois de um certo espaço de tempo e precisam por isto ficar isentos de duvida em sua applicação e em seus detalhes. (8)

D'ahi a necessidade da prova e da garantia effectiva desses actos.

Para isto são elles revestidos de formas que lhe deem uma apparencia sensivel e os tornem por assim dizer reaes e visiveis, de modo a poderem durante um tempo mais prolongado, se não sempre, ser verificados, confrontados e apresentados como prova da existencia do acto que representam. (9)

4—Nas sociedades primitivas, quando pela falta ou difficuldade da escripta não havia um meio pratico de archivar e conservar os ajustes e accordos que as partes firmavam, recorria-se ás formas symbolicas e palavras fixas e certas, pronunciadas em tom solemne. (10)

D'entre essas formas solemnes merecem destacar-se as que usaram em certo tempo os Romanos: Taes eram por exemplo a *mancipatio* e a *in jure cessio,* para os

---

(8) Está nesse caso a venda de immoveis, que não sendo susceptiveis de deslocação, precisam de uma prova visivel dos actos que a elles se referem, no mesmo caso estão tambem as locações e outros contractos de uso e goso de cousas alheias por tempo prolongado.

(9) Esta prova se torna muito necessaria tambem para determinar a natureza do acto juridico. Por exemplo entrega-se uma cousa a outrem. E' preciso determinar e provar se isto se fez transmittindo a propriedade, por venda por troca ou por doação; se apenas se transmitte o uso e goso, por commodato, por aluguel, ou por uso: se a cousa apenas foi dada em penhor.

(10) Cogliolo Ob. cit, pag. 108 (§ 7) dá como exemplo interessante as palavras e gestos que empregam os camponezes para realisar os seus negocios nas feiras de gado. Refere-se sem duvida a costumes da Italia, que podem ser comparados com os dos nossos sertanejos.

Todos os gestos e palavras empregados diz elle, foram em algum tempo verdadeiras formas juridicas.

actos civis ou extra-judiciaes, e as *legis actiones* para o processo ou actos judiciaes.

Eram verdadeiras formas symbolicas, em que com actos e gestos variados se pronunciavam palavras solemnes alusivas a um contracto ou negocio tomado como modelo geral.

As duas primeiras tinham por fim realizar a transferencia da propriedade.

A *mancipatio* se effectuava por meio de um funccionario, sustentando uma balança, com a presença de cinco testemunhas alem das partes contractantes.

Apparentava uma compra e venda, em que se pesava um pedaço de bronze symbolisando o dinheiro. (11)

Das *legis actiones* podemos destacar a *actio sacramenti,* quando tinha por fim uma acção real, ou *actio in rem.*

O autor, tendo na mão uma pequena vara, *festuca,* pegava no objecto que tinha de reivindicar, e dizia em tom solemne: *Eu affirmo que esta cousa é minha pelo direito romano,* segundo a sua disposição, e tocava nella com a varinha.

Dando-se a contestação pelas mesmas palavras, as partes provocavam-se para uma aposta, que era o *sacramentum.*

Julgada a causa, era o objecto da contenda entregue ao que ganhava, e o vencido pagava como multa, a importancia da aposta que era de 50 a 500 asses. (12)

Ainda se encontram resquicios de symbolos seme-

---

(11) Embora apparentando um contracto particular como era a compra e venda, a *mancipatio* constituia uma forma geral para realisar actos juridicos os mais variados, para libertar o filho familia do poder paterno, com o nome de *emancipatio, Gaius, Instituta I § 132,* para o casamento com a *manus,* com o nome de *coemptio, Gaius Idem I § 113* e para o testamento «*per aes et libram.*» *Caius* Idem II § 102.

(12) Gaius, Inst. IV § 16.

lhantes na nunciação de obra nova, que ainda ha bem pouco a lei permittia se fizesse pelo lançamento de certas pedras; (13) nos pregões em audiencia, sabendo-se que o apregoado está ausente; no ramo que ainda hoje se entrega ao arrematante em hasta publica, e em certos actos e solemnidades usadas pelos officiaes e empregados do foro, actos que muitas vezes não teem fundamento em uma exigencia legal. (14)

Ainda nas nossas escripturas publicas, os actos lavrados pelos tabelliães, nos processos judiciaes as declarações exaradas pelos escrivães, são redigidos com palavras certas e determinadas, *palavras sacramentaes*, quando se referem ás datas, ao comparecimento das partes, ao logar do acto, e ás mais enunciações que são susceptiveis de repetição constante. (15)

As palavras *sacramentaes* neste caso já não são mais exigidas com o rigor empregado no antigo Direito Romano, mas são geralmente observadas, e muitas vezes, recommendadas em formularios, nas leis e regulamentares do poder publico. (16)

---

(13) Ord. 3-78 § 4.º. Consolid. Teixeira de Freitas art. 933 Nota 2. E' o embargo extrajudicial *per jactum lapidis*

(14) Estão nesse caso não só as expressões e modos de proceder de que usam os funccionarios do foro, como os chamados *estylos do foro* de que tão profusamente trata Dr. J. Mendes de Almeida em seu opusculo. «*A Forma Organica da Praxe Forense*» S. Paulo. 1897, principalmente no Tti 2 pag. 369 e seg.

(15) Taes são as palavras por que começam, e que se entremeiam nas escripturas publicas: *Saibam quantos esta publica escriptura* de tal contracto *virem que no anno de* mil novecentos e tantos, *aos* tantos *dias do mez de* tal *em* tal logar *compareceram* etc.

(16) Já citamos á nota (5) disposições de lei que trazem formulas especiaes para serem observadas na celebração do casamento. Tambem por diversas vezes teem sido publicados formularios afficiaes e recommendados outros. Assim tivemos o Formulario do Processo Criminal mandado observar por Aviso de 27 de Março de 1854, a revisão do mesmo formulario pelo Dec. 4824 de 22 de Novembro de 1871; o

Ha, porém ainda hoje certos actos juridicos e contractos para os quaes, a lei exige o emprego de *palavras sacramentaes* sob pena de não produzirem o effeito que lhes era destinado.

Taes são os titulos mercantis conhecidos sob a denominação de *cambiaes*: as letras de cambio, notas promissorias, cheques e *contas assignadas*. São titulos privilegiados quanto á forma expedita de sua circulação, á garantia das pessoas que nelles interveem, e sobretudo quanto á acção executiva que lhes compete.

São redigidos em forma muito succinta e abreviada, contendo o menor numero de palavras de que são susceptiveis; e por isso só gozam dessas vantagens quando empregam a palavra sacramental referente á especie a que pertencem: *letra de cambio, nota promissoria* ou *cheque*. (17)

5—A observancia das formulas referidas, o emprego das palavras e expressões sacramentaes é o que se chama formalismo.

Essas formalidades que no começo das sociedades tinham mais apparato e maiores complicações, teem se modificado e tornado mais simples.

---

dos processos das leis militares approvado pelo Dec. 1680 de 24 de Novembro de 1855: os annexos aos regulamentos consulares, como o do Dec. 4968 de 24 Maio de 1872: o dos assentos do registro Civil annexo ao Dec. 9886 de 7 de Março de 1888 o das transcripções e inscripções do Registro hypothecario, approvado pelo Dec. 544 de 5 de julho de 1890, os referentes a arrecadação de impostos da Fazenda como os do Dec. 11951 de 16 de Fevereiro de 1916, e muitos outros. Vide *J. Mendes de Almeida. Introducção ao Estudo da Pratica Forense* na Revista da Academia de S. Paulo vol 1.º pag. 131, transcripta em *Galdino de Siqueira Pratica Forense* 1907 Cap. 5 n. 17 pags. 47 e 48.

(17) Lei 2044 de 31 de Dezembro de 1908, arts 1.º e 2.º quanto ás letras de cambio, art. 54 quanto ás promissorias. Lei 2591 de 7 de Agosto de 1912 arts. 2, e 15 quanto aos cheques, e Dec. 11527 de 17 de Março de 1915 art. 12, quanto as contas assignadas.

Deixaram de ser exigidos em alguns casos, e em outros transformaram-se em simples termos e palavras especiaes da technica forense, mas não desappareceram de todo.

Actualmente o principio estabelecido pelo Cod. Civil Art. 129 é que em geral a validade das declarações da vontade não dependerá de forma especial. (18)

Mas não só esse principio soffre numerosas excepções, como já vimos, mas até não desconhece que a vontade necessita de uma *forma qualquer* para se manifestar. Só a prefixação dessa forma é que fica dispensada para os casos geraes, pois a expressão da vontade é susceptivel de formas diversas cuja escolha ficará ao arbitrio das partes.

Não se comprehende acto de realisação de direito sem uma *forma qualquer* ou, para usar de uma expressão de Cogliolo (19) " a existencia da forma é congenita com o phenomeno juridico." E mesmo quando o seu uso e a sua escolha dependem do arbitrio das partes pode se dar ao seu conjuncto a denominação de *formalismo.*

6—Quando se encaram as formulas rigidas e inalteraveis que constituem o formalismo propriamente dito, parece que este não passa de uma manifestação grosseira do direito, destinada apenas aos espiritos superficiaes e ignorantes.

E demais elle tem numerosas desvantagens que se-

---

(18) O teor do art. 129 do Cod. Civil é o seguinte : «*A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial senão quando a lei expressamente a exigir.*»

(19 P. Cogliolo Ob. cit. § 7 pag. 109. Diz assim : Mas nos povos civilisados as formas juridicas dosappareceram ou desaparecerão ? Nem uma cousa, nem outra, mudaram-se tiveram sua evolução, fizeram-se mais simples e menos numerosas,' «*ma la loro esistenza é connaturata col fenomeno giuridico, che é fenomeno sociale.*»

gundo Ihering podem se reduzir a duas principaes: o *perigo* e o *incommodo* que produz. (20)

O perigo provem da pena de nullidade com que é castigada a falta de observancia da forma prescripta, pois essa pena é da essencia do formalismo.

E' preciso que as partes conheçam exactamente as formas e solemnidades prescriptas, e a ignorancia, o descuido, o desazo, a leviandade são punidos com a pena rigorosissima da nullidade do acto, muitas vezes em proveito do mais esperto.

Por esse modo colloca-se o honrado ignorante á mercê do velhaco esperimentado.

Além do perigo tem de se considerar o incommodo que dá o uso das formas; e ambos esses inconvenientes tanto mais avultam quanto mais são numerosas as formas, quanto mais difficeis de observar, quanto mais complicadas.

Ha casos em que o incommodo das formulas produz verdadeiros desastres..

Por falta de um funccionario competente, ou de testemunhas, em logares sem recursos, fica-se impossibilitado de effectuar a venda de um immovel, ou de fazer um testamento; direitos sacratissimos ficam prejudicados por não se poder celebrar um casamento ou fazer um testamento em perigo de morte.

Pode-se ainda imputar ao formalismo o defeito de immoralidade porque vem acoroçoar e proteger a falta de cumprimento de promessas serias e importantes pela simples deficiencia de uma formalidade que foi esquecida.

7—As formulas teem entretanto vantagens que

(20) Jhering. Esprit du Droit Romain. Trad. Meulenaere 1887. Vol. 3 pag. 172.

compensam os inconvenientes apontados, e se assim não fosse teriam ha muito desapparecido.

Ellas servem para manifestar o caracter juridico dos factos, e para dar delles uma prova mais completa; e deste modo previnem as causas mais communs das contestações judiciarias.

A falta de clareza, tão commum nas expressões irreflectidas, deixa de se dar no emprego das expressões certas e determinadas que caracterisam as formas.

Assim a formula, segundo a expressão de Ihering fica sendo o sello da vontade juridica determinada, e é para os actos juridicos o mesmo que o cunho é para a moeda. (21)

O formalismo obriga as partes a demorarem e reflectirem antes de realisar o acto em que teem de intervir.

Demais elle não é um phenomeno especial da pratica do direito, mas é commum a todas as situações da vida social.

Nos actos mais communs da vida, no aperto de mão do amigo que se encontra, nas festas pelo nascimento e casamento, no acompanhamento dos enterros, nas felicitações e pezames, se encontra o formalismo como uma manifestação material do sentimento.

E isto vem mostrar que pelo menos no estado actual de civilisação o formalismo é uma necessidade social e assim tambem será na applicação e pratica do direito.

8—A materia de que nos occupamos tem exactamente por fim estudar o direito em sua applicação pratica.

Consideram-se como existentes e conhecidos os *principios* e *preceitos* que constituem o direito, e procura-se

(21) Jhering. Obr. Cit. Vol. 3 pag. 188.

agora saber quaes as *regras* e *meios* praticos para fazer applicações d'aquelles principios e preceitos.

Então, como em todo ramo de conhecimento experimental, a disciplina do direito pode ser considerada como *sciencia* e como *arte*.

Como sciencia ella procura estabelecer quaes os *principios* e *leis* que devem servir ao seu fim, indicando-os, systematisando-os, e estabelecendo-os, segundo a sua razão de ser, de modo a constituir um corpo de preceitos que *devem* ser applicados segundo os principios da *logica*. E' uma forma de conhecimento especulativo.

Deste modo são determinadas as disposições de lei, e os principios que constituem o direito, e que são objecto das cadeiras estudadas nos annos anteriores, o Direito Civil, o Commercial, o Criminal e até a Theoria do Processo.

Como *arte* o estudo do direito tem por objecto determinar o modo de applicação dos principios e preceitos já sabidos, já estabelecidos; e para isto indica tambem certas regras, certos conselhos como meio de melhor conseguir o fim a que essa arte se destina.

Como diz Stuart Mill (22), o modo imperativo é o caracteristico da arte quando se distingue da sciencia. Esta faz *affirmações* em materia de facto, aquella estabelece as regras e preceitos conforme essas affirmações.

Assim como a sciencia do direito se divide em diversos ramos, assim tambem a sua arte pode comportar divisões correspondentes á sciencia respectiva.

Neste caso temos a palavra Jurisprudencia para significar o conhecimento do direito e pode-se distinguir a Jurisprudencia Civil, Commercial ou Criminal.

---

(22) J. Stuart Mill, *A System of Logic Ratiocinative an Inductive* 1904 Book 4 chap 12 § 1.º, pag. 616.

A *arte juridica* por outro lado pode ser considerada em relação ás diversas pessoas e ás differentes profissões que se occupam com a pratica do direito. E assim temos a arte do jurisconsulto, a do advogado a do magistrado, a do tabellião, mas essas divisões correspondem apenas a modos differentes de encarar o mesmo ramo de conhecimento quando utilisado em profissões differentes. (23)

9—A denominação que se tem dado até aqui a essa arte da applicação usual do direito é a de *"Pratica do Processo"* e com esse nome é ella indicada nos Estatutos actuaes da nossa Faculdade.

Neste sentido as palavras *arte e pratica são synonimas* com muito pequena differença de significação.

E da mesma forma que á arte se antepõe a sciencia, á pratica se antepõe a theoria.

A arte e a pratica se destinam a mostrar o *modo* de *applicar* a materia de que se occupam, que no nosso caso é o direito, dando para isso regras, conselhos ou indicações para se obter o fim que se pretende.

A *sciencia* ou a *theoria*, que no nosso caso é a do direito, aproveitando-se dos resultados obtidos com a *arte* e com a *pratica*, estabelece leis e principios geraes, organisa systematicamente as regras e preceitos da pratica, e tira consequencias que servirão para aperfeiçoamento da propria *arte* ou *pratica* em que se fundou:

Deve-se notar que a sciencia e a arte;—a theoria e

---

(23) Já os Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 Liv. 2.º Tit. 6.º, Cap. 8 n. 13 diziam a mesma cousa por esssas palavras: «posto que a applicação das leis em certo modo se possa julgar sempre a mesma comtudo a mesma applicação varia de modo conforme os differentes officios e ministerios do jurisconsulto que nella se occupa, porque um é o modo do professor na applicação das leis, outro o do escriptor, outro o do interprete, outro o do conselheiro, outro o do juiz, outro o do advogado.»

a pratica—de que estamos tratando, se referem á *applicação do direito* e entretanto essa materia traz a denominação de Pratica do *Processo*, como a outra que lhe corresponde, e que já estudamos no anno anterior, se denomina —Theoria do *Processo*.

No estudo da applicação do direito a parte que assume maior importancia e que desperta mais attenção é a que se refere ao reconhecimento e organisação da defeza dos direitos; e é esta parte que se chama exactamente *processo;* ella por si só constitue um dos ramos mais importantes da sciencia juridica, e com muita propriedade se chama *Theoria do Processo*.

A *arte* ou *pratica* que lhe correspondesse exactamente só se devia occupar do meio pratico de dirigir formular e encaminhar o *processo*. ,

O objecto, porém, da nossa cadeira, embora se denomine de Pratica do Processo, não é só este; elle comprehende a forma e redacção dos actos juridicos que são do dominio dos actos extra-judiciaes, como o processo é dos actos judiciaes. (24)

10—Por causa desta impropriedade e desta imprecisão tem a cadeira de nosso estudo tomado denominações diversas, sem que se tenha assentado em uma expressão digna de adoptar-se como definitiva.

Ora da-se-lhe a denominação de Pratica Forense, significando o exercicio dos actos que se tratam no *foro*, que é o logar e o conjuncto ao mesmo tempo das pessoas incumbidas da applicação do direito.

Outras vezes denomina-se *Pratica Juridica* referindo-se ao exercicio da materia do direito.

Tambem ás vezes substitue-se a denominação de

(24) No ponto seguinte desenvolveremos mais essa materia.

"*Pratica*" pela equivalente de *Praxe* por ser mais restricta e apropriada á materia juridica.

Uma denominação menos usada e que entretanto é a mais propria é a de *Direito Formulario.* (25)

Serve para mostrar que trata-se de um ramo de conhecimento referente ao Direito e ao mesmo tempo especifica o seu objecto de modo a não confundil-o absolutamente com outra materia.

O estudo de que nos occupamos tem por fim procurar e estabelecer definitivamente as *formas* dos actos juridicos e de sua defeza, dar o teor e a redacção das *formulas* mais usadas e mais proprias para esse fim.

Assim elle abrange não só a pratica do processo, a praxe forense, mas a *pratica* de todo o direito, e afinal se reduz a um conjuncto de formulas com as cautelas, conselhos e indicações necessarias para o mais proprio uso dellas.

E, portanto, a denominação mais propria da materia do nosso estudo seria a de *Direito Formulario.*

Methodio Maranhão.

(25) Essa expressão é empregada por João Monteiro Processo Civil 1905 § 65 Vol. 1.º pag. 303 limitando-a ao Direito Formulario Processual.

Tambem nos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 Liv. 2 Tit. 6 Cap. 3 ns. 54, 56 e 58 se fala insistentemente na *Jurisprudencia Formularia* que se deve juntar á Jurisprudencia Eurematica.

As suggestões da força

Conferencia realisada na séde da Associação Christã de Moços, em 8 de junho de 1918.

São sentimentos congenitos no homem o medo ou a affeição que lhe despertam os seres fortes. Desde creança, revela-se em nós o receio do que pode ameaçar a nossa conservação individual; persiste bem viva a memoria do que nos fez soffrer, emquanto nos prende uma sympathia instinctiva áquelles que nos ampararam os primeiros passos, que nos acalentaram, que nos defenderam e garantiram os meios de subsistencia. Este facto tem as suas raizes na materia organica, substancia da nossa vida, camada obscura das nossas emoções e dos nossos pensamentos.

Na edade prehistorica da especie, o sentimento de dependencia do homem para com as cousas que o cercam, tambem se manifesta pela affeição ou por temores que suscitam os phenomenos naturaes, cujo mecanismo é para elle um mysterio impenetravel. O raciocinio oscillante mal apprehende os contornos da realidade que

a imaginação acaba por vestir de formas grosseiras, aberrantes, phantasticas. O homem torna-se escravo de entidades que elle mesmo cria, ás quaes entrega o seu destino, entidades que incarnam um poder supremo— illusão anthropomorphica do poder humano elevado ao grau maximo, com attributos da mesma essencia, sejam tabús polynesios ou deuses de um povo culto.

Feiticista, polytheista, monotheista, que são, em synthese, as religiões com as suas divindades grotescas ou poeticas, com o seu cerimonial pomposo ou singelo, com os seus dogmas inflexiveis?

A crença de que o universo é governado por seres investidos de qualidades sobrehumanas, seres que se encolerizam, que se odeiam, que nos castigam ou protegem com a sua omnipotencia, e, por um simples capricho, não trepidam em ordenar o massacre das populações fracas, o incendio e a destruição dos campos e das cidades indefesas.

Em summa, o culto da força que é tambem o culto das religiões, pode dizer-se que nasceu com o homem, e persistiu até nossos dias variando apenas de aspectos.

No evolver das sociedades, a impressão que ficou das lutas passadas, entre as tribus, entre as nações, entre os Estados, perdura de tal modo na memoria dos povos que ella constitue geralmente a pedra de toque das tradições nacionaes de um paiz.

Entre as hordas errantes que vagueiam nas planicies ou transpõem desfiladeiros, como entre os grupos sedentarios da raça aryana que formaram a argamssa das civilizações, aquelles que se destacam nos combates ao inimigo commum, os mais sagazes, os mais astuciosos, os mais experientes, estes se organizam em castas privilegiadas, eleitas dos deuses de cuja natureza participam. E porque dellas se julga pendente a sorte da

communhão, eis a origem das prerogativas aristocraticas, do poderio, da opulencia, com que realça nas sociedades antigas o prestigio do guerreiro e do sacerdote.

E tal prestigio attingiu tão extraordinarias proporções, mesmo entre nações blindadas de uma brilhante cultura, que houve quem nelle visse a fonte de onde emana a tradição, o costume sobre que assentam instituições archaicas á sombra das quaes a religião, a moral, o direito, a politica se crystalizaram em systemas de forças disciplinadoras das actividades individuaes e collectivas.

Em um periodo mais avançado de desenvolvimento social, quando o homem começa a perpetuar em monumentos impereciveis as suas imagens, as suas emoções, as suas idéas, é ainda a força, nas suas multiplas manifestações, que o inspira, arrebata e subjuga: são as convulsões da natureza, as tempestades do oceano, os cataclysmas da terra, as façanhas dos guerreiros valentes, as suas victorias e as suas derrotas que a arte diviniza na lenda, no folk-lore, na epopéa, nas construcções architectonicas.

Lêde a litteratura que nos ficou da antiguidade, como um echo do que sentiram e do que pensaram as gerações extinctas: dos remotissimos poemas indianos, do lyrismo biblico dos psalmistas, dos cantos homericos e das tragedias gregas, parecereis ouvir o fragor de forças kosmicas que se chocam, o embater de armas que se despedaçam, o rumor surdo das paixões que agitam os homens, a chronica sangrenta de tribus que assaltam umas as outras, famintas ou sequiosas dos thesouros accumulados pelo trabalho pacifico.

Herbert Spencer, que esmerilhou com uma visão genial, o viver das sociedades humanas, descobriu o germen das differentes artes na recepção triumphal

que se fazia ao conquistador. Referindo-se á poesia, á arte oratoria e ao drama, observa elle:

"Entre as creanças que, por toda parte, são inclinadas a dramatizar as acções dos adultos, podemos ver uma ou outra destacar-se de um grupo, e, tomando os ares de um personagem de quem ouviu falar ou do qual leu a vida, imitar as suas acções, sobretudo quando ellas teem um caracter destructivo; é, pois, natural que em epochas em que os sentimentos eram menos reprimidos do que actualmente, os adultos tomassem o habito de dar uma forma ás acções do heroe cujas façanhas celebravam. O orador ou o poeta ajustava o seu discurso ou o seu canto a gestos apropriados ou antes, estes eram simultaneamente representados por outra pessôa. Aconteceu depois que, quando o desenvolvimento ulterior conduziu representações com incidentes mais complexos, nos quaes se mostravam as victorias do heroe e de seus companheiros sobre os inimigos, o actor principal, tendo de dirigir os seus subordinados, tornou-se um autor dramatico."

Mas não são somente os artistas, o poeta, o dramaturgo, o musico, o esculptor e as multidões ignorantes e fanaticas que amam os grandes feitos e enaltecem os heroes.

Historiographos, philosophos, homens de sciencia têm sinceramente prestado o seu culto á força, a ponto de perceberem nas brutalidades da guerra, no homicidio collectivo, na espoliação do fraco pelo forte, o factor primordial do progresso dos povos. Não falemos dos antigos historiographos, dos Herodotos, dos Tito-Livios, dos Suetonios que entreteceram as suas narrativas com episodios phantasticos colhidos no acervo das lendas populares; falemos de escriptores modernos que se propuzeram a explicar a genese das civilizações, o

encadeamento dos factos que formam o tecido da historia.

Comecemos por Bossuet, o famoso bispo de Meaux, que fez da historia do povo hebreu o ponto de partida da historia das nações civilizadas: "Os imperios têm na maior parte uma ligação necessaria com a historia do povo de Deus. Deus serviu-se dos Assyrios e dos Babylonios para castigar este povo; dos Persas, para o restabelecer; de Alexandre e de seus primeiros successores, para protegel-o; de Antiochus, o Illustre, e de seus successores, para o exercitar; dos Romanos, para sustentar a sua liberdade contra os reis da Syria, que só pensavam em destruil-a."

Este deus que, como elle mesmo o diz, empunha "do mais alto dos céos as redeas de todos os reinos e fecha todos os corações na mão", é o velho Sabaoth, o terrivel deus das batalhas, colerico, tenebroso nos seus designios, que em "seu furor" instiga os homens uns contra os outros, e manda passar a fio de espada os innocentes; é o mesmo que ainda hoje se invoca nos thronos, nos templos e nas trincheiras.

Outro pensador, Vico, um dos iniciadores da philosophia da historia, assim explica a vida humana primitiva e a origem das instituições que precederam a formação dos povos soberanos: "A Providencia quiz que os gigantes que erravam pelos montes, amedrontados pelas primeiras tempestades desencadeadas após o diluvio, procurassem um refugio nas cavernas; que, contra o seu orgulho, se humilhassem diante da divindade que elles mesmos crearam, e se sujeitassem a uma força superior que chamaram Jupiter... Excitados depois pelos mais poderosos aguilhões de uma paixão brutal, e retidos pelos temores supersticiosos que lhes infundia o aspecto do ceu, começaram a reprimir a im-

petuosidade de seus desejos e a fazer uso da liberdade humana. Retiveram á força, em suas cavernas, mulheres que fizeram as companheiras da sua vida. Com as primeiras uniões humanas, isto é, conformes ao pudor e á religião, appareceram os casamentos que determinaram as relações de esposos, de filhos e de paes. Elles fundaram assim familias que governaram com a dureza dos cyclopes de que fala Homero."

Os chronistas, os que apenas registam factos, datas e anecdotas, estes em regra só comprehendem a historia como um desfilar de exercitos, um immenso theatro de lutas sanguinolentas, de lances melodramaticos, uma serie de reis que se succedem no poder, ou como a biographia, feita em estylo pesado, dos grandes homens, de temiveis capitães, de politicos vorazes, machiavelicos, que passam á posteridade com os louros da fama, emquanto ficam no esquecimento os verdadeiros agentes desta ou daquella transformação historica.

Com rarissimas excepções depara-se ainda hoje um livro rotulado com o titulo de historia que não seja uma chronica indigesta de batalhas, de competições dynasticas, de mudanças de governos, de disputas eleitoraes, de intrigas que rastejam nos bastidores politicos, ou a descripção tragi-comica das aventuras, das attitudes theatraes de certos personagens, tudo isto sendo para o autor o unico retrato fiel de uma epocha, o dado sociologico, por excellencia, do caracter e da conducta de um povo.

A vida que se passa nos baixios onde vegetam as classes inferiores, o trabalho surdo, lento, ininterrupto, de milhares de cerebros que pensam ignorados na sombra; as oscillações imperceptiveis e profundas da emotividade, que marcam modificações subtis e não menos profundas nas crenças, nas idéas, nos habitos; a lingua

que modula affectos ou formula conceitos; as necessidades, os impulsos, que abalam os nervos de cada geração, os seus desejos, as suas aspirações, os seus esforços para viver, para gosar, para attingir a consciencia do proprio destino, eis a trama com que se tece o desenvolvimento historico de uma sociedade.

Que papel representam, pois, os grandes homens na evolução dos povos, elles que são para Carlyle, o litterato philosopho do culto dos heroes, "a alma da historia do mundo, os creadores de tudo que a massa humana se esforçou por fazer e attingir?

Antes de tudo, repetimos de Marivaux: "Não ha nem grande nem pequeno homem para o philosopho; ha somente homens que têm grandes qualidades e defeitos; outros que têm grandes defeitos com algumas qualidades."

Em todo caso, acceitemos a existencia dos grandes homens e reconheçamos o papel que representam no palco da historia.

Serão, por ventura, eleitos de alguma divindade, seres capazes de inverter a ordem dos factos, de alterar o feitio da civilização que os produziu?

Homens de acção ou homens de intelligencia, elles condensam em uma synthese maravilhosa o espirito de uma epocha, as suas paixões, as suas tendencias, o seu modo de sentir; ou então, se deslocam do meio onde vivem e, em antagonismo com os seus contemporaneos, agem e pensam para as gerações futuras, preparando ou predizendo outro ambiente social, novas vicissitudes, novas formas de coexistencia.

Entretanto, seria absurdo que se concebessem pairando isolados, acima desse *ignobile vulgus* tão deprimido pelo aulicismo litterario de um poeta latino, dessa onda fluctuante, incoherente, prosaica—a massa hu-

mana—reservatorio inexgottavel das energias que se focalizam no genio.

E depois, certas *celebridades* que attraem as vistas eruditas do historiographo e figuram nos compendios escolares para servirem de modelo á educação da juventude, analysadas nas suas justas proporções, sair-nos-iam sacripantas ridiculos, mediocridades anonymas, si uma eventualidade qualquer não os impelisse de roldão á tona dos acontecimentos. Desses personagens que conquistaram renome, muitos não passariam para o pathologista de monstruosidades vulgares, de loucos moraes, de epilepticos perigosos, de delinquentes atavicos, de cretinos, de imbecis, typos de mentalidade inferior, destituidos por isso mesmo de um intrinseco valor historico.

Agora são philosophos e homens de sciencia que não escaparam ás suggestões da força. E' Hegel, um dos pontifices da philosophia official allemã que nos vem dizer que a guerra torna os povos mais poderosos e os Estados florescentes; é Strauss que vê na suppressão das batalhas um perigo e uma chimera como a suppressão das tempestades: *a ultima ratio* dos povos será, no futuro, como foi no passado, o canhão; são Stahl, Joseph de Maitre, De Bonald que defendem o poder absoluto dos monarchas como instituição basica sobre que se apoia a prosperidade das nações, ao mesmo tempo que procuram justificar todas as tyrannias; é Frederico Vischer que canta, n'um romantismo espasmodico, "os movimentos fogosos de guerra" como um dos meios mais efficazes para dissipar a inquietude e a angustia que pesam sobre a vida contemporanea.

Mas essas visões seductoras da força ganharam mais encantos depois que se erigiu em principio funda-

mental de existencia dos seres a *luta pela vida* na sua realidade brutal.

E' desnecessario expor aqui, em detalhe, a doutrina darwinista que revolucionou a biologia, derrocando o dogma sediço da fixidez das especies. Um resumo rapido basta para dar a impressão do que se poderia tornar o darwinismo posto em pratica pelos politicos ambiciosos, pelos espiritos educados na caserna, pelos povos que acalentam sonhos imperialistas.

Darwin ensina que a lei que preside á formação e ás mutações de cada especie é a da luta pela existencia: no combate que travam os seres entre si, triumpham os mais fortes, os mais audazes, os mais dextros, os mais intelligentes, ao passo que os fracos, os inaptos, são inexoravelmente sacrificados no campo da luta. As qualidades uteis a cada um, o vigor physico, a agilidade, a intelligencia, a astucia, transmittem-se á descendencia garantindo-lhe assim a estabilidade e o poder de continuar a concurrencia vital.

A mesma orientação segue Herbert Spencer, considerando a luta pela vida entre as sociedades o instrumento de sua evolução:

"O que é o ponto de partida da cooperação social é a acção combinada para o ataque e a defesa; é deste genero de cooperação que provêm todos os outros. Sem duvida, é impossivel legitimar os horrores causados por este antagonismo universal que, começando pelas guerras chronicas de pequenos grupos, ha dez mil annos, terminou pelas grandes batalhas entre as grandes nações. E' preciso reconhecer que sem estes horrores o mundo só seria habitado por homens de typo fraco, a procurarem abrigo nas cavernas e vivendo de uma alimentação grosseira."

O que Darwin pensava das plantas e dos animaes,

e Spencer das sociedades primitivas outros applicaram litteralmente á historia dos povos civilizados, construindo sobre esta idéa de um combate sem treguas, entre os organismos, os mais extravagantes systemas sociologicos.

Leia-se, por exemplo, o seguinte trecho de Gustavo Le Bon que bem resume o pensamento dos partidarios do darwinismo social:

A luta dos povos foi a fonte dos mais importantes progressos. Sem ellas os homens jamais teriam saido da barbaria e fundado esses magnificos imperios onde nasceram as artes, as sciencias e a industria. Qual a grande civilização que não tenha sido guerreira? Qual o povo pacifico que tenha representado um papel na historia? Mais desconcertantes para os optimistas são estas palavras de Hellewald:

"D'aqui a alguns seculos causarão riso todos os ideaes de liberdade, de nacionalidade, de humanidade, de dignidade, de moral, como hoje nos provocam riso os sacramentos. O pobre que sonha com o communismo, o rico que quer gosar, o padre, o monarcha, o soldado, o republicano, todos *lutam pela existencia,* todos têm razão."

Economistas que reduzem toda actividade economica a um jogo satanico de ambições egoisticas, applaudem com vehemencia o transformismo darwinista porque nelle percebem uma confirmação altisonante das suas divagações e formas syllogisticas. Socialistas de alto cothurno fazem da *luta de classes* o grande propulsor das revoluções sociaes e della esperam a ascenção politica e economica do operariado faminto sobre a burguezia enfartada.

Juristas da autoridade de Ihering descobrem que

o direito, antes de se crystalizar em lei, de se fixar n'um codigo, brilha e se irradia da lamina de uma espada:

"O fim do direito, diz o mais eloquente apostolo do jurismo, é a paz, e o meio de que se serve o direito para assegurar a paz, é o combate, a guerra, a força. A luta durará tanto quanto o mundo. A luta não é, pois, extranha ao direito, mas está intimamente ligada á essencia do direito; é um elemento da noção do direito. Todo direito não foi conquistado sinão pelo combate, porque a noção do direito não é uma concepção logica, é uma *concepção pura da força.*

Seria ocioso citar os que seguiram as pegádas do eminente jurista tudesco. Como elle, não faltaram sociologos e publicistas, que lobrigassem no arcabouço de cada instituição um sulco inapagavel que ahi gravara o genio bellicoso de uma raça ou o trabuco fumegante de um audaz conquistador.

Para Ratzenhofer, Lerter Ward, Gumplowicz, Lasson, as nações e os Estados se constituiram pela victoria das raças ou dos grupos sociaes, que sujeitavam os mais fracos á escravidão, absorvendo lentamente os que escapavam a esse regimen de violencia.

E assim "o darwinismo social, observa mui justamente um brilhante sociologo, fez do militarismo uma religião, fonte de um mysticismo novo, de um delirio feroz: *Fóra da guerra, não ha salvação.*"

A conclusão a tirar-se do ponto de vista em que se acham escriptores differentes pela cultura e a educação, só pode ser a mais melancholica: — é que só ha uma verdade historica de que as outras são apenas postulados: o principio da força, da *vontade de poder* que para Nietzche constitue o fundo psychologico de onde emerge o *super-homem;* e como consequencia deste principio, um só systema social verdadeiro—o da arbi-

trariedade dos governantes, dos poderosos em estatuir normas ou preceitos de conducta que se fariam respeitar, no seio de cada paiz, pelo sabre policial, e, entre nações, pela bocca do canhão.

O mais é chimera, utopia, divagação: à guerra, a carnificina, as depredações, os roubos, as extorsões, eis o que faz a grandeza dos povos. "A paz perpetua, descreve Moltke em carta a Bluntschli, é um sonho, e nem mesmo é um bello sonho. A guerra é um elemento da ordem do mundo estabelecido por Deus."

E ha ainda as conclusões praticas que se têm tirado desse modo de ver, que vem mostrar quão arraigado é o poder suggestivo da força.

A politica internacional é infelizmente uma pirataria disfarçada; é a politica da bala, da violencia, do ardil; até pouco tempo dominava-a o espirito de conquista territorial; agora ella reveste outra forma imperialista—é o imperialismo economico, de tendencias francamente absorventes, que opera pela concurrencia febril, pelo alargamento dos mercados, pela colonização tanto quanto possivel centralizada, e por systemas de compressão economica e financeira a que vão sendo submettidos veladamente ou pela violencia os paizes novos e inexperientes.

Referindo-se a esta politica que só differe da do passado por certos processos, tendo, porém, os mesmos intuitos de dominação, escréve um notavel jurista austriaco, Anton Menger: "Emquanto na vida interna de cada nação a realidade é mascarada para um olhar pouco exercitado, sob instituições decorativas, aqui apparece immediatamente o imperio exclusivo da força. Entre os diversos Estados é o regimen da luta continua que está em vigor; as armas em tempo de guerra são as da violencia, em tempo de paz, as da astucia."

O desenvolvimento espantoso da industria, a accumulação phantastica de capitaes; o excesso de população, considerado relativamente ás condições de vida, a miseria que invade os grandes centros, e determina o exodo para as regiões pouco exploradas ou incultas; o desejo irrefreavel de fazer fortuna, eis os principaes factores que refundiram em moldes mais amplos a velha machina diplomatica dos governos europeus e concorreram de um lado para incrementar a rivalidade chronica que sempre existiu entre as potencias, e do outro, para o exterminio de pobres tribus selvagens e até para a escravização militarmente levada a cabo de povos pacificos e prosperos somente porque occupavam terras cubiçadas pelas suas riquezas naturaes.

Em seu livro notavel — *A grande illusão*, escripto antes da guerra, em 1910, livro que devia substituir nas escolas as lições sediças de uma moral civico-militar, faz Norman Angell um apanhado curioso das opiniões dominantes na imprensa, na tribuna, no livro sobre as desconfianças, as hostilidades que entre as nações hodiernas, principalmente entre a Inglaterra e a Allemanha vinha provocando a ambição de dominio economico do mundo.

Para não se tornar enfadonho, bastam apenas alguns trechos que demonstram que antes de 1914 a guerra já estava em estado latente, aguardando só o momento de explodir:

Ouçamos o almirante Mahan:

"... A Allemanha deve assenhorear-se da importação das materias primas e da fiscalização das regiões d'onde estas materias provêm. De mais a mais, tem ella de segurar-se nos mercados e de proteger a importação dos artigos de alimentação, pois que ella cada vez se torna menos capaz de alimentar a sua população

sempre crescente. Isto implica a segurança no mar... Ora a supremacia naval da Gran-Bretanha implica o exercicio de um *contrôle* continuo do commercio allemão... O mundo habituou-se, ha muito tempo, á idéa de um poder naval preponderante, e considerou que a Inglaterra era este poder; ora, notou-se que a preponderancia naval arrasta uma preponderancia industrial e commercial, e é em vista desta preponderancia que ha conflicto actualmente entre a Gran-Bretanha e a Allemanha.

Sobre uma possivel guerra entre a Allemanha e a Inglaterra, assim se manifesta Robert Blatchford:

"Porque a Allemanha atacaria a Gran-Bretanha? Porque a Allemanha e a Gran-Bretanha estão em rivalidade commercial e politica; porque a Allemanha inveja o commercio, as colonias, a influencia e o imperio que a Gran-Bretanha actualmente possue."

E o almirante tudesco von Koester: "O augmento continuo de nossa população obriga-nos a dirigir uma attenção especial para o augmento de nossos interesses fóra da Europa. Só a execução integral de nosso programma naval nos pode dar esta liberdade do mar que a nós mesmos devemos exigir. O augmento continuo da nossa população nos obriga a dar novos fins á nossa actividade e a nos transformar de potencia continental em potencia mundial."

Planos de assalto, de invasão, de conquista eram traçados e discutidos por jornaes pangermanistas e inglezes, como si estivessem em tempo de guerra; ou por outra, a luta estava travada nos dominios da opinião publica para logo depois precipitar-se nos campos de batalha.

Os povos fracos, ou os de civilização nascente, estes soffrem as mais duras consequencias dessa politica

apoiada na força militar. O invasor ali penetra trazendo, em vez de armas, o capital que vence os obstaculos com que, por ventura, tem elle de contar da parte das populações ciosas de conservar com os seus costumes, com os seus habitos, a riqueza que accumularam.

Mas acontece que nem sempre os recursos de que dispõem bastem para satisfazer necessidades collectivas: a exploração das terras e das minas, meios de transporte indispensaveis á circulação dos productos, despezas que os governos são obrigados a fazer com serviços do Estado, os esbanjamentos da renda publica por partidos politicos vorazes e outras circumstancias justificam naturalmente que o capital extrangeiro seja em alta escala utilizado pelos naturaes a titulo de emprestimos ou mediante concessões, que no momento podem ser um desafogo, mas no futuro tornar-se-ão uma sobrecarga insupportavel. Si, ao contrario, ha resistencia em acceitar um protectorado extranho, arranja-se um pretexto qualquer, e o resultado já se sabe, é a submissão pela violencia.

Não é preciso enumerar factos; elles se passam todos os dias e entram no rol das cousas vulgares. Basta lembrar o tragico episodio da conquista do Transwaal que ainda hoje enche de pasmo os que sonham com um direito internacional em que as nações fracas sejam tambem contempladas, e mais o massacre em massa de tribus que recusam obediencia aos seus dominadores. "Com effeito, diz Loria, um dos mais eminentes economistas contemporaneos, é um phenomeno grandioso e ao mesmo tempo picante, servir-se de todos os resultados da civilização para renovar os fastos militaristas e barbaros, que approxima dos povos civilizados os selvagens, enlaça os continentes, transpõe temerariamente os oceanos, junta novas gemmas ás corôas, novo dinheiro

aos *cofres-fortes*, novos assassinios aos annaes da criminalidade humana, novas dores e novas infamias ao martyrologio das nações, e que, em suas emprezas, como nos seus proconsules, nas suas glorias como nos seus horrores, associa á magestade gigantesca das idéas e dos meios a vulgaridade plebéa dos moveis e dos appetites."

Dir-se-á que é a lei fatal da luta pela existencia; o sentimento de força que impelle os Estados nessa directriz que simples aspirações transcedentes não conseguem desviar. A guerra, sempre a guerra! porque ella, só, depura e fortalece as raças, forma e solidifica o caracter dos povos, funda civilizações, aviva o amor da liberdade, do direito e da justiça.

A despeito dos que assim pensam, persisto em defender as idéas emittidas nos meus estudos de sociologia: que si a luta é um phenomeno inherente á vida dos seres; si ella representa na historia das sociedades humanas uma alta funcção—a de águçar o instincto de conservação do individuo e da especie, de desenvolver a consciencia dos interesses vitaes de um povo e de suggerir de chofre os meios de garantir esses interesses, por outro lado, o sacrificio dos mais fortes, a destruição em poucos dias do que o homem levou seculos a construir, a miseria, a fome, o exgottamento das forças sociaes, as angustias, a tortura, as brutalidades que soffrem as populações inermes, tudo isso é mais do que evidente para me convencer de que as vantagens da guerra que tanto se apregoam, estão longe de contrabalançar os males que ella acarreta.

Demais, a sciencia, unica autoridade que se deve ouvir, porque é a unica que se apoia no exame e na experiencia dos factos, vem de ha muito corrigindo os exageros da escola darwinista. O proprio Darwin queixava-se dos seus discipulos que transportaram a sua

doutrina ao campo da sociologia, interpretando ao pé da lettra o principio da luta pela vida e da selecção natural; elle não desconhecia o papel da sociabilidade na formação e desenvolvimento dos agrupamentos humanos; e Spencer reconhecia que, além da selecção natural que augmenta a efficacia da acção collectiva, existe a cooperação entre os grupos para se manterem em defesa contra o inimigo externo, para facilitarem a acquisição dos meios de subsistencia e a satisfação de necessidades physicas, moraes, e intellectuaes communs ao individuo e á collectividade.

Vêm ainda outros biologistas e sociologos demonstrar que, mais do que a luta, exerce a sociabilidade sobre a vida dos seres uma funcção profundamente biologica: torna as especies mais aptas, mais promptas para reagirem contra as influencias do meio e contra as que procuram destruil-as. Entre muitos destacam-se Kessler, Espinas, Kropotkine, Buchner, Colajanni, Novicow, cujos trabalhos contêm uma preciosa documentação que os partidarios da guerra deveriam consultar.

Na organização das sociedades humanas os interesses communs, as crenças communs, a mesma tradição, o mesmo idioma, as mesmas instituições constituem um circulo de relações individuo-sociaes dentro do qual o todo collectivo se move e se equilibra. Na vida economica, na vida moral, na vida juridica, o auxilio mutuo, a cooperação contrabalançam os effeitos da concurrencia e neutralizam as competições e os impulsos egoisticos. A luta arrefece entre os membros da mesma familia, da mesma classe, da mesma communidade, da mesma nação. Entre os grupos nacionaes esse sentimento de cooperação, de solidariedade já se manifesta approximando povos de tendencias, de raças, de habitos diversos; e acabará por triumphar nas relações interna-

cionaes, riscando da carta geographica, por nefasta e inutil, esta politica barbara de espoliações e de morticinios, esse banditismo disfarçado que a hypocrisia dos governos imperialistas galvaniza com o titulo pomposo de *direito internacional.*

A' politica da força devemos oppôr a politica do direito; ás suggestões da força que geram a guerra, estados de consciencia nitidos do direito que é a epopéa da paz.

"A paz, diz Clovis Bevilaqua, o mais eminente dos nossos juristas philosophos, é o equilibrio das energias sociaes pelo direito; a guerra é a luta dessas energias produzindo a desordem e a injustiça... A guerra é, forçosamente, uma crise mais ou menos prolongada, mais ou menos dolorosa, na vida dos povos. A paz é o estado normal da sociedade dos Estados, é a atmosphera do trabalho, a condição necessaria ao surto dos sentimentos generosos de philantropia."

Aliás, já começa a raiar a verdade, e o grito de *guerra á guerra!* sente-se que vibra hoje em cada consciencia, na alma do homem do povo, no peito do soldado, e até no cerebro daquelles que planearam a mais sombria hecatombe da historia. Estes convencer-se-ão de que, si a moral militar, que professam com tanto ardor, pode, na phrase de um sabio inglez, manejar bem o machado para abater a arvore, desconhece, entretanto, a força pacifica que faz crescer a floresta.

E oxalá que o homem, menos estupido e mais experiente, grave, depois dessa tremenda licção, á porta dos quarteis e no frontispicio das escolas, estas palavras com que Montesquieu esculpiu o mais formoso modelo em que se possa talhar o caracter de uma geração:

Si eu soubesse de alguma cousa que me fosse util e fosse prejudicial á minha familia, eu a rejeitaria do meu espirito. Si eu soubesse de alguma cousa que fosse util á minha familia e não o fosse á minha patria, eu procuraria esquecel-a. Si eu soubesse de alguma cousa util á minha patria e que fosse prejudicial á Europa e ao genero humano, eu a repelleria como um crime.

Dr. Joaquim Pimenta.

Lição de abertura do curso de Medicina Publica pelo Professor Dr. Edgar Altino.

MEUS SENHORES.

Só agora, ha poucos dias, tive noticia de que por motivo superior, fôra obrigado a afastar-se temporariamente do exercicio desta cadeira — o nosso eminente Mestre PROF. SIMÕES BARBOSA.

Se o facto é para lamentar no que toca ao interesse do ensino, porque assim perdeis a oportunidade magnifica de ouvirdes o consêlho ponderado, a opinião esclarecida, pela palavra e pelo contacto enlevante e simpatico, de um homem de talento amadurecido na meditação e no manejo das sciencias medicas, haveis de permitir entretanto, que o vosso novel professor se rejubile apenas pelo facto de poder falar-vos deste posto ha muito desejado e tão recentemente obtido, justo e honroso galardão de esforços e sacrificios não medidos. Porque, com efeito, desde os bancos academicos comecei a pensar um dia ocupar esta cadeira, sempre animado pelo formoso espirito de meu Pae, a desejar fervorosamente para mim todas as glorias e venturas possiveis que assim tambem

seriam para ele se a morte implacavel o não tivesse tão dolorosamente levado.

E' justo, portanto, que no dia em que faço a minha primeira aula nesta Faculdade, eu sinta o dôce sabor da vitoria, tanto mais quanto, bem o sabeis, a luta foi renhida e penosa.

Não é, porem, uma estreia na catedra professoral; ha cinco anos, mais ou menos, em minha modesta cadeira de Patologia Geral da esforçada e já solida Escola de Odontologia, venho obtendo a pratica e desvendando os segredos da profissão que abracei.

As mesmas emoções ali senti, porem, experimento agora ao sustentar o pêso de uma responsabilidade que se me afigúra muito maior; conto porem com o vosso espirito de moços de talento e de vontade firme de aprender e, com a abnegação e estudo a que é mistér me entregue sempre nesta disciplina, fico certo de que levaremos ao fim nosso designio.

E' de justiça dizer, e isto vae sem ofensa aos ilustrados catedraticos que aqui doutrinraam e desapareceram da vida, a cuja memoria rendo aliás as homenajens de minha profunda admiração, que o ensino de Medicina Publica, nesta Faculdade, nunca esteve na altura do que deveria ter sido pela falta absoluta de trabalhos praticos continuados, em uma materia essencialmente pratica, e isto sem duvida pela má organisação do ensino. De facto, como sabeis, na reforma do ensino superior, levada a efeito em 1891, o Governo, inspirado pelo voto do Congresso de Medicina Legal de Paris de 1889, teve o felicissimo gesto de dotar os cursos juridicos e sociaes do paiz das cadeiras de Medicina Legal e Higiene.

Foram então, em virtude de decreto, nomeados catedraticos respectivamente os Drs. Antonio de Siqueira Carneiro da Cunha e Constancio dos Santos Pontual

que logo depois permutaram as cadeiras, e substituto o actual proprietario Dr. Adolpho Simões Barbosa.

Os programas então elaborados, quer em Medicina Legal quer em Higiene Publica, agitavam questões de suma importancia, algumas até de franca actualidade, o que demonstra a alta cultura e competencia tecnica e didactica dos aludidos professores.

Assinalo, aqui, de passagem, por parecer costume da epoca, um facto interessante—: a menção, em alguns programas de Medicina Legal, dos autores adoptados para o ensino, com indicação, até, das paginas onde o assunto em questão poderia ser encontrado.

No programa de 1893, alem dessa nota, lê-se a seguinte observação que manifesta o criterio elevado com que na materia doutrinava o Prof. Pontual—: *"Determinar a affinidade das questões medicas e juridicas, fornecer noções medicas sufficientes para dirigir com acerto as investigações judiciarias, e iniciar o jurista no estudo das doutrinas medicas necessarias para fiel interpretação de certas questões de Direito e para servir de auxilio á confecção de algumas leis, é a orientação que julgo dever ser dada ao estudo da Medicina Legal nas Faculdades de Direito."*

"O presente programma consta de cincoenta lições de Medicina Legal que serão desenvolvidas durante o anno lectivo de 1893, *sendo precedidas de um curso elementar de Anatomia e Physiologia do homem, onde serão mais detidamente explicados os pontos necessarios para o estudo das questões medico-forenses."*

Para excelencia completa dessa plataforma scientifica falta, aliás, o essencial—o curso pratico, rudimentar ainda naquela era em todas as Faculdades do Brasil, se ja não fôra demasiado o desenvolvimento, durante o ano lectivo, de cincoenta lições teoricas precedidas das noções de Anatomia e Fisiologia indispensaveis a estu-

dantes de Direito que, via de regra, fazem sempre um estudo imperfeitissimo de sciencias naturaes no curso de humanidades.

Havia, entretanto, um *preparador*, farmaceutico hoje em disponibilidade *por ter sido extincto o cargo*, para conservar ou mostrar aos alunos algumas peças anatomicas do redusido museu da Faculdade, do qual restam ainda este esquelêto articulado, este manequim para estudo de musculos, vasos e visceras e estes accessorios do aparelho genital que aqui vêdes. Ao que me consta, porem, o Prof. Pontual, cujas aulas eram concorridissimas por estudantes de todas as series e até por medicos, advogados e juizes, teria feito lições de clinica forense no azilo de Alienados, na Casa de Detenção, etc., constituindo o facto uma prova da orientação pratica dada á disciplina naquela epoca.

Mas, em 1895, uma nova reforma (entre nós ha uma interessante mania de reformas de ensino) fundiu as duas cadeiras e a nova materia—Medicina Publica ficou a cargo do catedratico Prof. Pontual, entrando o catedratico de Higiene, Prof. Carneiro da Cunha, em disponibilidade, não sem deixar, em sua efemera passagem por esta Escola, o clarão das luzes do seu brilhante talento e da sua notavel cultura.

E' bem de ver que esse novo acto governamental, veio certamente promover a decadencia que então se foi manifestando no ensino da nova cadeira, em nossa Faculdade. De facto, a regencia de Higiene pelo docente de Medicina Legal veio sobrecarregar a função catedratica e se em 1896 o novo programa constou da reunião dos pontos enumerados nos programas dos dous cursos no ano anterior, nas epocas lectivas subsequentes houve redução das questões de Higiene e depois tambem das de Medicina Legal propriamente, por isso que acontecia

comumente chegar o fim do ano escolar sem que a parte de HIGIENE fosse abordada sequer.

A fusão trouxe, pois um golpe de morte a ambas as materias.

Questões doutrinarias e de relevancia de psico-antropologia patologica perderam o desenvolvimento que tinham anteriormente, e foram mesmo relegadas, permanecendo apenas os assuntos mais atinentes á pericia propriamente e relativas á pratica forense criminal ou civil quotidiana.

Isso, porem sem uma autopsia, sem um exame microscopico, sem um corpo de delito etc., etc, com que os alunos pudessem adquirir conhecimentos concretos da materia teoricamente explicada. Não é, de certo, das Faculdades Juridicas que saem os peritos em tecnica medico-legal e por isso assume uma importancia muito mais consideravel para estudantes de Direito a explanação das questões que versam sobre capacidade e responsabilidade e seus modificadores, tal a que se propoem a antropologia e a psicopatologia forense, conferindo assim aos bachareis conhecimentos sobre as bases em que se funda o moderno Direito criminal, incluidos os problemas penalogicos.

E', ao meu ver, o que de mais palpitante, de mais imprescindivel pode haver para nós, dada a feição do ensino nas Escolas juridicas.

As pericias medico-legaes em sua grande maioria (fôro criminal) que incidem sobre a vitima do delito perderão sua importancia no dia em que o criterio da penalidade deixar de ser relativo á gravidade do crime.

Que importa que uma lesão corporal seja grave ou não, ou outro ferimento declarado mortal se as novas correntes do Direito Penal demonstram que a pena não pode ser estatuida previamente pelo crime quantitativa ou qualitativamente e sim pelas circumstancias em que

foi praticado e sobre tudo pela manifestação da personalidade de quem o cometeu?

Taes pericias continuarão, porem, com todo o valor (exames de sanidade, vistorias medico-legaes, verificações tanatologicas, etc) para os fins civis de indenisação, seguros de vida, acidentes de trabalho, aptidão para serviço publico, etc., etc.

Mas, enquanto a actual legislação permanece, cabe ao professor ensinar tudo isso, mostrar aos seus alunos, legisladores de amanhã, as questões em ordem do dia, por assim dizer, e como MEDICINA PUBLICA é um estudo complexo que exige conhecimentos accessorios de todos os ramos da sciencia medica, não é possivel a um só docente o desempenho, em um ano lectivo, dessa tarefa se alem do mais não pode ele contar com auxiliares de ensino e um gabinête, onde os trabalhos praticos indispensaveis sejam levados a efeito.

Para corrigir este estado de cousas, penso eu, primeiramente impõe-se o desdobramento da cadeira, como na epoca de sua creação, em MEDICINA PUBLICA e HIGIENE; depois, como foi feito na Bahia, a fusão do gabinete medico-legal do Estado com a primeira dessas cadeiras.

A conveniencia é premente porque dai adviriam vantagens incontestes—para o Estado que faria um bom serviço medico-legal ampliando e melhorando o actual que nada vale,—para a Faculdade adquirindo um valioso subsidio pratico com a possibilidade dos alunos observarem os casos tecnicos ocorrentes nas questões diarias da vida forense.

E nem se fale da possivel inconveniencia de um serviço dessa ordem ter a assistencia de estudantes. As leis do processo criminal estão ai a exigir nos laudos periciaes a *assinatura* do juiz ou da autoridade policial, do escrivão e de testemunhas, duas no minimo, alem da dos peritos; ora, quem assina um auto de corpo de delito

ou outra qualquer pericia executou-a ou a viu executar; é claro pois que a lei confére a esse juiz ou autoridade de, ou melhor, exige a obrigação de tudo verem no acto policial, a esse escrivão e a essas testemunhas a faculdade medico-legal. E se considerarmos que essas testemunhas são, em geral, leigas, como privar estudantes de Direito, aprendizes na materia, futuros magistrados ou delegados de policia, de observarem o que se faz na pratica em relação aos casos apresentados ao Serviço?

Alem disso, é sabido que estudantes de medicina frequentam hospitaes onde os professores, em aula, estabelecem, para que todos ouçam e aprendam, o diagnostico das entidades morbidas de que são portadores os doentes em tratamento. Até os casos de ginecologia e obstetricia.

O decôro e discreção exigidos pela natureza do serviço e observados pelo professor, são questões de etica profissional, facilmente adquirida pelos rapazes, no que até influe grandemente, facto psicologico comum, a frequencia e repetição dos casos observados, fazendo perder por completo a oportunidade e o interesse do comentario profano.

A propria lei actual do ensino, na parte relativa ás Faculdades de Medicina, dispõe, no art. 185, que "*o professor de* MEDICINA LEGAL *terá livre entrada nas repartições policiaes e judiciarias, desde que se furtem á vista dos estudantes os casos que por lei devem ficar secretos.*" Se, aliás, apurarmos bem esses casos secretos, estou que chegaremos a verificar sua inexistencia, porque, no foro civil ou criminal todos podem acender a discussão publica no juri, nos tribunaes ou na imprensa. Mas, assim mesmo, já é alguma cousa e oxalá que essa legislação se podesse estender a nós, com o assentimento do Governo do Estado, uma vez que sem atentar contra a autonomia local o Governo Federal não o poderia fazer.

Fica, porem, o exemplo da Bahia, digno, por todos os titulos, de ser imitado; promova-o o Governo Estadoal, mesmo porque assim a imprescindivel, senão inadiavel reforma do Gabinete medico-legal da policia ficaria menos onerosa, pelo concurso financeiro que do entendimento estabelecido entre o Estado e a União seria prestado por esta que mais cedo ou mais tarde tem de dotar a Faculdade de um laboratorio desse genero.

Ficaria então o nosso curso ilustrado e documentado por uma fonte viva de observações, com inestimaveis vantagens para o ensino e para o exercicio da nobre profissão juridica.

Enquanto, porem, nada disso é feito, é de meu dever, á frente desta cadeira, adstricto de algum modo ao programa oficial e na contingencia de minhas forças, chamar vossa atenção de preferencia para as questões de mais importancia que soem ocorrer com frequencia maior na pratica forense, deixando de lado velhas discussões obsolêtas e anedocticas que apenas tomariam inutilmente o precioso tempo que nos é dado.

O plano da excelente obra que é o TRATADO DE MEDICINA PUBLICA (*Psicopatologia Forense, Medicina Legal e Higiene*) do PROF. AFRANIO PEIXOTO, nome conhecido e aureolado nos meios onde se cultivam as sciencias medicas e sociaes, é, ao meu vêr, um dos melhores que possam ser concebidos para desenvolvimento da materia, entre nós, com o resumo e a adaptação de certas questões, sendo uma só a cadeira e de um curso juridico.

Assim, juntarei aos pontos—*sexo* e *idade*, noções antropologicas das raças no Brazil, abrangendo o estudo da *identidade* com a especialisação judiciaria como actualmente é feita e que com outras pesquisas de laboratorio, constitue a base da chamada policia scientifica.

A velha questão do hipnotismo, com suas divergencias entre as escolas de Nnacy e da Salpêtriere, positiva-

mente caiu da moda, não merecendo mais as honras com que ainda é tratada no actual programa.

Nos assuntos referentes ás pericias comuns do fôro criminal sobre *ferimentos, homicidio, aborto, e parto, infanticidio, atentados ao pudor*, etc., demorarei na apreciação das doutrinas correntes e necessarias ao conhecimento que deve o jurista adquirir, para melhor interpretação e aplicação das disposições penaes em vigor, sem insistir mais no possivel defeito dos quesitos respectivos do formulario do processo criminal.

A parte de semiologia mental (psiquiatria forense), em que estudamos as restrições á capacidade e responsabilidade, deve merecer atenção mais acurada, porque entendo ser, do programa, assunto de tão maior relevancia para os cursos juridicos, quanto poderia até ser desdobrado e ampliado de modo a constituir assim objecto de uma nova cadeira—ANTROPOLOGIA e PSICOPATOLOGIA FORENSE, com a feição que lhe deu na Italia o eminente PROF. L. PATRIZI, no curso de aperfeiçoamento em Criminologia da Universidade de Turim, em 1913.

Nesse curso, em que colaboraram os PROFS. CARRARA (etiologia, profilaxia e terapeutica do crime), MANZINI (Direito Penal e Processual aplicados), TOVO (identificação, assinalamento e propedeutica medico-forense) e TREVES (doenças mentaes em conexão com o delito), o PROF. PATRIZI, depois de estudar as funções psiquicas fundamentaes elementares — *sentimento, inteligencia* e *vontade* — aplicadas á Antropologia Criminal, passa sobre a evolução desta sciencia e logo depois pela classificação de criminosos, terminando pela apreciação demorada e minuciosa da biologia do delinquente em suas manifestações da vida organica, da sensibilidade e da motilidade e, por fim, da psicologia sintetica do criminoso.

Não vos deslumbreis com o quadro; tanto não vos

poderei prometer e está mesmo longe do vosso modesto professor tal pretenção.

Procuro apenas mostrar-vos a valia que os autores modernos (PATRIZI, CARRARA, KOWAEWSKY, AFR. PEIXOTO, SOMMER, KRÆPELIN) dão a esses estudos.

Na parte de HIGIENE SOCIAL merece os melhores encomios a inclusão no programa do ano corrente das questões de higiene rural, hoje tão palpitantes e por isso mesmo a exigir um largo conhecimento em todas as classes da população brasileira.

Com efeito, endemias ceifadoras e variadas (*impaludismo, doença de* CHAGAS e *ancilostomose* para só citar tres desses flagelos) existem e alastram-se pelos nossos campos, invalidando nossos homens do interior e preparando ao Brazil uma geração de degenerados fisicos e mentaes. Urge, pois, a maior divulgação das medidas profilaticas que a sciencia nos oferece no sentido de debelar o mal e restituir aos nossos patricios a saude, o vigor, a alegria do trabalho que dignifica e alenta, preparando e executando a obra grandiosa do incessante progresso do nosso paiz.

Eis o verdadeiro papel social da Higiene e oxalá que não tardem os beneficios provindos de sua melhor compreensão por todos aqueles que enfeixam em suas mãos os destinos de um povo.

ED. ALTINO.

Navio e navegação internacional

A toda construcção destinada a fluctuar sobre agua dá-se em portuguez o nome generico de embarcação.

Ao Direito Commercial Internacional interessam apenas as grandes embarcações destinadas ao commercio de transporte de cargas e passageiros, commummente conhecidas pela denominação de *navios*.

As pequenas embarcações, taes como rebocadores de barra dentro, canôas, botes, catraias, igarités, charlanas, balsas e outras semelhantes, não são navios, e regem-se pelas disposições relativas ás cousas moveis e aos contractos em geral, salvo certas excepções para as empregadas no serviço publico.

—A importancia commercial dos navios, como vehiculos de transporte, firmou-se desde os mais antigos tempos. Coube-lhes o mais importante papel no progressivo desenvolvimento commercial dos povos de todas as epocas, e certamente foram os seus notaveis aperfeiçoamentos que, na era actual, intensificando o commercio nautico, tornando mais frequentes as relações pacificas entre as mais longinquas nações, de raças e civilizações

mais dispares, apressaram a constituição dessa maravilhosa communhão juridica internacional contemporanea.

NATUREZA JURIDICA DOS NAVIOS. —Os navios são moveis, pois como vehiculos, sua maior perfeição está exactamente na sua maxima mobilidade, a qual, longe de lhes prejudicar a integridade material a isso mesmo adequada, contribue para augmentar intensivamente a sua funcção economica.

Esta qualidade de moveis lhes é reconhecida por quasi todas as legislações do mundo, entre as quaes os codigos commerciaes brazileiro (art. 478), francez (art. 190), italiano (art. 480), portuguez (art. 485), hespanhol (art. 585), chileno (art. 825), mexicano (art. 665), o codigo civil brazileiro (art. 47) e muitos outros.

A importancia, porém, a que ultimamente tem attingido o commercio nautico com o grande desenvolvimento da arte da navegação, das construcções navaes e das relações commerciaes maritimas, tem levado as diversas legislações a consagrarem aos navios normas especiaes, que os fazem apresentar-se como moveis excepcionaes. E' assim que, por um lado ellas os assemelham ás pessoas, pois que lhes attribuem um *estado civil*, e por outro lado, aos immoveis, pois que, não só exigem a transcripção para a transferencia de sua propriedade, mas tambem permittem sobre elles operações hypothecarias.

O *estado civil* de um navio compreende o seu nome, domicilio, nacionalidade e capacidade. Estes elementos o individualisam.

No Brazil, embora a lei reconheça a natureza movel do navio, trata-o como immovel, considerando-o susceptivel de ser objecto de hypotheca e submettendo-o, nas vendas judiciaes, ás normas estabelecidas para os immo-

veis (cod. com., art. 478; reg. 737, de 25 de nov. de 1850, art. 512).

Para que seja alienado um navio brazileiro, destinado á navegação de alto mar, é necessaria uma escriptura publica, que deve trazer o teor do registro com as suas annotações (cod. com., art. 468; decreto n. 11.505 de 4 de março de 1915, art. 359). (1)

O SUBMARINO PODERA' SER CONSIDERADO COMO EMBARCAÇÃO MERCANTE? — Uma questão de muita actualidade é a de saber si os submarinos poderão entrar na classe das embarcações mercantes. Si bem que uma tal embarcação venha trazer innumeras difficuldades á fiscalisação por parte das autoridades maritimas, pela facilidade com que poderão occultar-se no seio das aguas, a resposta não pode deixar de ser affirmativa, por falta de uma expressa disposição prohibitiva no direito actual.

Actualmente não ha submarinos commerciaes. Ha bem pouco tempo, porém, um submarino com este caracter—o *Deutschland*—navegou entre os portos de Hamburgo e Nova York. Elles devem num tal caso submetter-se a todas as exigencias feitas ás embarcações commerciaes em geral, sendo-lhes applicavel tudo o que a ellas se referirem.

E' certo que não ha receio de que o submarino seja commummente usado como navio mercante, taes são as despezas elevadas com a sua construcção, a sua difficil direcção, e os perigos constantes que apresenta.

Pelas suas pequenas dimensões seria mesmo de pouca utilidade para o commercio nautico.

(1) O Ministro da Fazenda expediu ultimamente uma circular ás repartições fiscaes prohibindo o recolhimento do imposto de transmissão de navios vendidos sem licença prévia daquelle ministerio.

Entretanto parece-nos, que, para evitar sorprezas, melhor seria que os Estados maritimos convencionassem em não permittir jamais o emprego do submersivel como vehiculo commercial.

O HYDROPLANO E' UMA EMBARCAÇÃO? — Algumas vezes elle assume esse aspecto, pois fluctua sobre a superficie das aguas. Como quer que seja, suas condições são em tudo identicas ás da embarcação. E' verdade que actualmente não ha hydroplanos que possam ser incluidos na categoria dos navios, mas si um dia tal acontecer, pensamos que, na falta de uma legislação especial, nada se oppõe a que a elles, como tambem a todos os vehiculos aereos, se estendam as disposições juridicas proprias á navegação aquatica, apenas com as excepções impostas pela differença do elemento em que elles se movem.

A todos os paizes se deve reconhecer jurisdicção sobre a parte da athmosphera correspondente ás suas terras e aguas jurisdiccionaes.

E' claro que para o exercicio dessa jurisdicção, é indispensavel que elles tenham pontos de atterro e desembarque com alfandegas e armazens, policia aerea, etc.

As aeronaves de guerra reger-se-ão por disposições analogas ás consignadas para os navios de guerra. (2)

NACIONALIDADE DOS NAVIOS. NECESSIDADE E VANTAGENS DA NACIONALIDADE. — A nacionalidade constitue a primeira e a mais importan-

(2) CATELLANI, *Il diritto aereo*; CLOVIS, Dir. Pub. Int, §§ 63 e 212; BONFILS-FAUCHILLE, Droit Int. Pub., ns. 531 e segs., GEORGES BRY, *Droit Int. Public*, ns. 183 e 184; RENÉ FOIGNET *Dir. Int. Pub.*, ed. de 1915, pags. 185 a 188.

te das garantias offerecidas pelo direito internacional aos navios. Todo navio deverá ter uma nacionalidade para que, sem incorrer na suspeita de pirata ou corsario, possa gozar da liberdade plena dos mares. Ella permittirá além disso que, em qualquer ponto do globo e em qualquer tempo, fazendo valer o seu caracter de nacional de um dado paiz, elles possam obter o auxilio do seu consul, gozando sempre do prestigio e respeito que lhes assegura a sua nacionalidade nos varios mares mundiaes. Por convenção da doutrina e do direito positivo dos differentes povos, o navio viaja circumdado por uma athmosphera nacional, que compreende em seu derredor uma parte da superficie maritima e da columna aerea a ella sobreposta: é uma porção destacada do territorio da mãe patria.

Ha um accordo de vistas entre todas as Nações do globo relativamente ao estabelecimento de especiaes preceitos juridicos para as suas naus nacionaes, distinguindo-as das estrangeiras.

Si modernamente a grande penetração reciproca dos povos, o progresso intenso do cosmopolitismo commercial e scientifico, dirimindo grandemente as arraigadas pretenções nacionalistas dos antigos tempos, aplainando sensivelmente o isolamento sombrio das fronteiras, veio diminuir a importancia de uma tal distincção sob certos aspectos, todavia utopico seria sonhar que, mesmo no futuro, chegue a desapparecer por completo a necessidade da distincção nacionalista.

O sentimento nacional é um necessario excitante suave do desenvolvimento ordenado e progressivo da Sociedade e do Estado.

Os diversos paizes maritimos reservam para os seus navios nacionaes, a navegação de cabotagem e tambem o exercicio da pesca em suas aguas territoriaes.

Além disso a nacionalidade traz utilidades geraes. O

Estado fiscalisa a construcção e a navegabilidade de seus barcos, garantindo desse modo a segurança da navegação, e tem na sua marinha mercante as necessarias reservas para a sua armada nacional.

Em direito internacional privado a determinação da nacionalidade é de summa importancia, pois só com o seu conhecimento é que se poderá determinar o regimen juridico a que deve estar sujeita a náu estrangeira, isto é, a lei que lhe será applicavel assim como á equipagem e á carga, si goza das vantagens de algum tratado, etc.

CONDIÇÕES PARA A NACIONALIDADE. — Todo Estado maritimo consigna sempre na respectiva legislação diversas exigencias que a náu deve satisfazer para gozar dos beneficios de sua nacional. Essas exigencias, são quasi sempre as seguintes: ser propriedade de nacionaes no todo ou em parte; —ter capitão e grande parte da tripulação nacionaes; estar registrada em porto nacional.

No Brazil rege o assumpto a lei n.º 123 de 11 de novembro de 1892, regulamentada pelo decreto n.º 10.524 de 23 de outubro de 1913, que susbtituiu o decreto n.º 2.304, de 2 de julho de 1896.

Para que uma embarcação mercante seja considerada brazileira e possa gozar dos privilegios que se relacionam com esse titulo, deverá reunir as condições seguintes:

a) ter sido construida no Brazil, resalvadas as excepções adeante enumeradas.

b) ser propriedade de cidadão brazileiro na forma da Constituição (art. 69) ou de sociedade ou empreza com séde no Brazil, gerida exclusivamente por cidadão

brazileiro na forma estabelecida pela lei n.º 123, de 11 de novembro de 1892. (3)

c) serem brazileiros o capitão ou mestre, o machinista e pelo menos 2|3 da tripulação.

Poderão tambem obter o titulo de nacional, e gosar dos privilegios delle decorrentes:

a) as embarcações de construcção estrangeira, legalmente adquiridas;

b) as capturadas ao inimigo e consideradas bôa presa;

c) as encontradas em abandono em alto mar;

d) as confiscadas por contravenção das leis do Brazil;

e) as adquiridas por brazileiros em virtude de doação, venda ou acto judicial.

Em qualquer destes casos deverão ser satisfeitas as condições referentes á nacionalidade dos proprietarios, capitão e equipagem.

A embarcação perderá a nacionalidade brazileira:

a) pela venda a estrangeiro;

b) sendo capturada pelo inimigo em caso de guerra, quando a captura fôr considerada bôa;

c) por ter sido confiscada no estrangeiro;

---

(3) Considera-se nacional:

a) a sociedade em nome collectivo, em commandita simples, ou de capital e industria collectiva, constituida em territorio da Republica, não podendo, porem, fazer commercio maritimo de cabotagem sem que seja cidadão brazileiro o gerente, socio ou não;

b) a sociedade em nome collectivo ou em commandita simples, constituida exclusivamente por brazileiros, fóra do territorio da Republica, si tiver o seu contracto archivado no Brazil, a firma inscripta e a gerencia confiada a brazileiro:

c) a sociedade anonyma ou em commandita por acções constituida em paiz estrangeiro, si, obtida a autorização para funccionar na Republica, transferir para o territorio della sua séde e tiver por directores ou socios-gerentes cidadãos brazileiros.

e) por ter perdido o seu proprietario a qualidade de cidadão brazileiro.

O cancellamento deverá ser requerido pelo interessado ou seu representante legal dentro em seis mezes da data em que o navio tiver perdido sua qualidade de brazileiro, ficando a embarcação sujeita á apprehensão e venda judicial, considerada, para todos os effeitos, como contrabando, passado aquelle prazo. (Decreto 10.524 de 23 de outubro de 1913, cap. IV, *Estado civil das embarcações mercantes*, arts. 16 a 19).

LEGISLAÇÃO COMPARADA SOBRE A MATERIA ANTERIOR. — Na França, um navio para ser considerado como francez deve ser propriedade, pelo menos quanto á metade ,de um francez (lei de 9 de junho de 1845, art. 11), devendo tambem serem francezes o capitão, todos os officiaes e pelo menos tres quartos da equipagem (dec. de 21 de setembro de 1793, art. 2.º)

Na Inglaterra uma só condição é exigida pelo *Merchant Shipping Act* de 1894, art. 1.º—que o navio pertença inteiramente a inglezes.

O mesmo se dá na Allemanha: o navio allemão deve ser propriedade exclusiva de nacionaes allemães, entre os quaes se acham aquellas sociedades que cumprirem certas condições legaes (lei de 22 de junho de 1899, lei de 29 de maio de 1901).

Nos Estados Unidos da America o navio deve ter sido construido em estaleiro do paiz, fazendo-se comtudo uma excepção para o que tomado ao inimigo tenha sido considerado bôa presa. Deverá ainda pertencer inteiramente a nacionaes e ter todos os officiaes e dous terços da equipagem nacionaes.

Na Italia o estrangeiro póde possuir, em parceria com italianos, até a terça parte do navio nacional, e po-

derá mesmo ser o seu unico proprietario desde que tenha mais de cinco annos de domicilio no paiz (*Codice de la marina mercantile* de 1877, art. 40).

Na Belgica o navio nacional deve pertencer pelo menos na metade de seu valor, ou a belgas, ou a estrangeiros autorisados a fixar domicilio no paiz, ou a extrangeiros nelle residentes ha um anno pelo menos, ou ainda a sociedades com séde no Reino (lei de 20 de setembro de 1903).

Na Suecia um navio é considerado como sueco quando dous terços pelo menos deste navio constituem propriedade de subditos suecos, ou quando pertence a uma sociedade por acções cuja administração tenha sua séde no Reino, sendo tambem suecos os seus accionistas. O gerente deverá ser sempre sueco e ter domicilio no paiz (Cod. do Commercio Maritimo (*Siolagen*), de 12 de junho de 1891, art. 1.º).

PROVAS DA NACIONALIDADE. — Quando se trata de um navio de guerra é bastante para provar a sua nacionalidade o pavilhão arvorado no topo do mastro grande e mesmo em casos de duvida a simples palavra de honra do commandante.

Com referencia aos navios mercantes, porém, o direito exige, além da prova do pavilhão, a dos papeis de bordo.

O pavilhão deve ser sempre respeitado pelas autoridades nauticas do logar onde se encontre o navio, sejam quaes fôrem as circumstancias. Este procedimento tem sido adoptado e proclamado no Brazil. (4).

Durante a actual conflagração os navios mercantes neutros adoptaram trazer pintado no costado o respecti-

(4) CLOVIS BEVILAQUA *Dir. Publ. Int.*, § 62, n. IV.

vo pavilhão e em grandes caractéres o respectivo nome e o do paiz a que pertencem. A' noite estes lettreiros são illuminados.

—A prova fornecida pela bandeira é importante, mas é de ver que muitas vezes não pode ser considerada sufficiente, pela facilidade com que por um tal meio poderia ser disfarçada a verdadeira nacionalidade do navio.

Por isso, quando ha necessidade de uma prova incontestavel de nacionalidade, recorre-se aos papeis de bordo,—geralmente constituidos pelo certificado do registro e matricula, de uma autorização official feita ao capitão, que lhe permitte utilisar o pavilhão nacional. Contém esta autorisação: o nome e o domicilio do armador; o nome, o porto de origem e a tonelagem do navio; o nome, o domicilio e o porto de origem do capitão. O rol da equipagem, o titulo de propriedade, o certificado do *Lloyd's register*, etc., completam a lista dos documentos de bordo.

Entre nós, o Codigo Commercial, art. 466, exige que toda embarcação brazileira em viagem tenha a bordo:

1.º O seu registro;

2.º O passaporte do navio;

3.º O rol da equipagem ou matricula;

4.º A guia ou manifesto da Alfandega do porto brazileiro de onde houver sahido, feito na conformidade das leis, regulamentos e instrucções fiscaes;

5.º A carta de fretamento, nos casos em que este tiver logar, e os conhecimentos da carga existente a bordo, si alguma existir;

6.º Os recibos das despezas dos portos donde sahir, compreendidas as de pilotagem, ancoragem e mais direitos ou impostos de navegação;

7.º Um exemplar do Codigo Commercial,

Quanto á prova da nacionalidade, estabelece o *Regulamento da marinha mercante e navegação de cabotagem*, que será feita pela exhibição do titulo passado pela repartição que tiver feito o registro (Decreto 10.524, de 23 de outubro de 1913, art. 18).

DO REGISTRO DAS EMBARCAÇÕES MERCANTES. — Todas as legislações maritimas exigem a inscripção dos navios de commercio nacionaes em registros especiaes, assim como a entrega de um documento que a certifique.

No Brazil toda embarcação nacional destinada ao serviço de navegação de longo curso, grande e pequena cabotagem ou interior, construida no paiz ou no estrangeiro, deverá ser registrada nas Capitanias dos Portos onde fôr domiciliado o seu proprietario.

Nos portos onde não houver capitanias o registro da embarcação poderá fazer-se:

a) nas delegacias das Capitanias dos Portos;

b) nas alfandegas, mesas de rendas ou outro qualquer posto fiscal quando não existirem aquellas;

c) nos consulados brazileiros, si as embarcações tiverem sido adquiridas no estrangeiro.

Quando o proprietario da embarcação, que deve ser registrada, tiver a sua residencia fóra do paiz, o registro se fará onde lhe fôr mais conveniente, de accordo com o decreto n.º 10.254 de 23 de outubro de 1913.

Nenhuma embarcação será registrada antes de ser submettida a vistoria.

O registro deverá conter:

a) o nome da embarcação, typo de construcção, sua classe, armação e numero de cobertas;

b) as dimensões principaes, em medidas metricas,

tonelagem bruta, abaixo do convez e liquida, comprovadas por certidão de arqueação com referencia á sua data;

c) o logar onde foi construida, nomes dos constructores, qualidade dos principaes materiaes empregados na sua construcção e data em que foi lançada ao mar;

d) o nome do constructor da machina, typo e força em cavallos nominaes, typo e numero das caldeiras, com indicação de pressão, de regimen e systema de propulsor e do combustivel empregado;

e) a nação a que pertencia, nomes que teve anteriormente e o titulo por força do qual passou a ser propriedade brazileira, si tiver ella sido construida no extrangeiro;

f) o nome do proprietario ou dos proprietarios, com indicação da parte que couber a cada um dos associados e seus respectivos domicilios;

g) a especificação do quinhão de cada comparte, si for de mais de um proprietario, e a epoca de sua acquisição, com referencia á natureza e data do titulo, que deverá acompanhar a petição do registro;

h- a epoca de sua acquisição com referencia á natureza e a data da escriptura que tambem deverá ser apresentada;

i) as lotações de passageiros de 1.ª, 2.ª e 3.ª classes.

São isentas de registro as embarcações de pesca costeira, os rebocadores de barra a dentro, as embarcações a vela ou movidas por machinas, destinadas ao serviço interno dos portos, as embarcações da praticagem, de *sport* ou recreio, as canôas, os botes, as catraias, os igarités, as charlanas, e outras semelhantes movidas por qualquer meio. Estas embarcações comtudo deverão ser arroladas nas Capitanias dos portos ou nas repartições em que se faz o registro, na falta daquellas, e sem esse arrolamento não poderão ser utilisadas sob pena de multa.

Quer o registro, quer o arrolamento serão feitos a

requerimento dos interessados. (Decreto n.º 10.524 de 23 de outubro de 1913, cap. VIII, arts. 30, 31, 33, 34 e 41; decreto n.º 11.505, de 4 de março de 1913, arts. 330, 333, 335 e 341).

Depois de feito o registro de um navio, a capitania do porto ou a repartição que fizer o seu registro, dará um documento denominado "Titulo de registro", em, que serão feitas as declarações relativas á sua entrada no livro respectivo; esse titulo servirá tambem para comprovar a nacionalidade do navio. (Dec. 11.505 cit., art. 350).

—UM ESTADO CENTRAL PODE POSSUIR MARINHA MERCANTE? — E' uma questão de grande importancia internacional saber si um Estado central, sem portos maritimos ou fluviaes, pode possuir marinha mercante.

Um caso é citado pelos autores. Alguns suissos estabelecidos em portos maritimos de varios paizes enviaram em 1864 á Assembléa Federal do seu paiz, uma representação solicitando a permissão de usarem em navios de sua propriedade um pavilhão commercial suisso. Como, porém, fossem previstas as innumeras difficuldades que tal permissão faria surgir, em vista de não possuir a Suissa um Direito Maritimo, a permissão foi negada, devendo os suissos, para que os seus navios não viessem a ser considerados como piratas, utilisar-se, com a devida permissão, do pavilhão de uma potencia maritima. Foi por este motivo que o Conselho d'Estado francez annullou a presa feita durante a guerra de 1870, do navio de propriedade suissa *La Palme*, que usava a bandeira allemã.

E' PROHIBIDO O USO INDEBITO DO PAVILHÃO ESTRANGEIRO. — E' considerado um delicto de Direito Publico Internacional e ao mesmo tempo um attentado ao Direito Publico interno de cada Estado a utilisação do pavilhão de um Estado estrangeiro sem a devida licença.

DA IDENTIDADE DOS NAVIOS. — A necessidade de identificar o navio manifesta-se imperiosa, quer no ponto de vista das garantias que devem ser asseguradas aos navegantes, quer no ponto de vista da fiscalisação que o Estado deve exercer sobre tudo o que se refira á sua marinha mercante, sempre fonte de lucros e influencia internacional.

A identidade do navio é fornecida pelo seu *nome* e *domicilio* (*porto de registro*) os quaes elle deve sempre trazer inscriptos na pôpa, e pela arqueação que determina a sua capacidade em toneladas.

Estas exigencias estão consignadas em varios artigos do nosso codigo e de varias leis commerciaes. (5).

A arqueação das embarcções mercantes brazileiras será feita no Brazil, a requerimento dos interessados, pelo stereometra das Alfandegas e Mesas de rendas federaes ou por outros funccionarios a quem incumba o registro nos portos em que não houver repartição aduaneira, sendo fornecida certidão dessa arqueação ao proprietario da embarcação ou a qualquer interessado, me-

(5) Quanto ao *nome*: Decreto 11,505 de 4 de março de 1915, art. 336, lettra *a*; *cod. com*, arts. 462, 464, 467, 567, I; 575, 634, III; 667, II; Dec. n. 3.654 de 5 de julho de 1889, art. 282; Dec. n. 10.524, de 23 de novembro de 1913, art. 33, lettra *a*.

—Quanto ao domicilio: Cod. com, arts. 460 e 461.

diante o pagamento dos emolumentos devidos, pagos em estampilhas.

No estrangeiro essa operação será procedida por pessôas competentes a juizo dos consules brazileiros.

O inspector da alfandega ou administrador da Mesa de Rendas designará pessôas competentes para procederem a arqueação, quando no local não haja para isso funccionarios especiaes. (6).

Adopta-se no Brazil para a arqueação dos navios o processo de *MOORSON*, que tambem é o adoptado na Allemanha, Dinamarca, Estados Unidos, França, Inglaterra, Italia, Paizes Baixos, Noruega, etc.

A arqueação dos navios foi objecto de grande controversia internacional a proposito da percepção dos direitos de transito dos navios que atravessassem o canal de Suez. O caso foi resolvido por uma commissão internacional, que a convite do Sultão turco, reuniu-se em Constantinopla em 1873.

NASCIMENTO E PERECIMENTO DO NAVIO. — O navio existe para todas as legislações quando depois de prompto, completamente construido, satisfez todas as exigencias legaes.

Alienado, hypothecado ou com outro nome, o navio existe sempre, mesmo quando não mais é destinado á navegação e é transformado em pontão ou deposito fluctuante.

O navio deixa de existir quando naufraga ou quando é desmanchado completamente.

No Brasil o decreto 3.334 de 5 de julho de 1899

(6) Arqueação: Dec. n. 11.505, de 4 de março de 1915, art. 334; Dec, n. 10.524, de 23 de novembro de 1913, art. 27.

considera perdido o navio do qual ha mais de dous annos não haja noticias.

Desapparecido o navio cancella-se o registro.

—Os concertos por maiores que sejam não mudam a identidade do navio. Todavia, entre nós, quando um navio registrado fôr modificado a ponto de não se achar mais conforme as indicações do registro relativamente á sua tonelagem e á sua designação, a capitania do porto que permittiu essa modificação, fará examinar pelos encarregados das vistorias si a mesma está conforme com a modificação que fôra autorisada, dando della conhecimento á capitania do porto do registro, si o facto se der em outra capitania. (Decreto n.º 11.505 de 4 de março de 1915, art. 371).

(*A seguir*)

Recife, agosto de 1918.

SERGIO LORETO FILHO.

Direito internacional privado

A condição dos estrangeiros na Antiguidade. Direitos indú, egypcio, hebreu, grego e romano.

Muito se tem já escripto sobre a condição dos estrangeiros nos povos da Antiguidade. Em geral, o que se tem dito até hoje é que as civilizações antigas não eram favoraveis aos estrangeiros. E' essa a interpretação seguida pela maioria dos escriptores, mas que um estudo menos superficial das instituições antigas tende a substituir. Para semelhante conceito, muito ha de ter contribuido o methodo das generalizações excessivas, que é tão commodo quanto inconveniente a essa ordem de estudos. Não se tomam na devida conta as distincções, tão numerosas, de tempo e de logar, que a historia de cada paiz apresenta.

Os estados antigos tiveram de atravessar varias phases, ora dividindo-se entre si, ora, por força de attracção, entrando em relações intimas com os visinhos, para que chegassem a formar um systema de relações internacionaes ou de direito internacional privado, cujas origens remontam ao proprio berço da humanidade. Compre-

hende-se que a cada uma d'essas phases corresponda uma certa maneira, ou um modo especial de tratamento dos estrangeiros, Como, porem, dentro de um mesmo paiz, ha tambem a considerar as mesmas phases por que passou o seu proprio systema de direito internacional privado, é claro que o conceito de tal tratamento não poderá deixar de variar, conforme a epoca em que se tiver de estudar a historia de cada povo.

Poucas, e ainda assim confusas, são as noções historicas que se encontram nos textos, sobre a condição juridica dos estrangeiros nos povos do antigo oriente. Quanto aos indús, ainda mais escassa é a fonte de informações, e flagrante são os equivocos em que os escriptores constantemente laboram. Não definem a situação juridica dos estrangeiros n'aquelle povo, e o conceito mesmo de estrangeiro não é alli expresso com a necessaria clareza. Não raro, são elles assimilados aos *parias* ou *tchandala*, e a outros habitantes da India que faziam parte da sociedade civil, pertencendo ás castas inferiores. (1) Os estrangeiros tinham no direito indú a sua designação propria e a sua situação juridica definida.

No livro das leis de Manú (*Manava-Darma-Sastra*), unicos fragmentos que da tradição juridica dos indús primitivos ainda nos restam, os estrangeiros teem a denominação de *Mlekkos*, que quer dizer barbaros, e, ahi os seus direitos com as suas limitações, são claramente determinados. E' assim que lhes é inteiramente franqueada a vida na familia, na sociedade, nas relações commerciaes, e a sua protecção é tornada obrigatoria, sob pena de morte. (2) A prohibição que em alguns tex-

---

(1) Catellani, Storia del Diritto Internacionale Privato, Soriano, 1895, p. 14.

(2) Manava-Dorma-Sastra. Lois de Manou, traduites de Sankrit par A. Loiselem Deslongchanjs, lib. 3, 83, 84 : lib. 8, 312 : lib, 327 ; lib, 18, 326.

tos se lhes faz de não tomarem parte nas ceremonias religiosas e nas deliberações de caracter politico, são antes, como diz Zeballos, precauções de segurança publica, tambem incluidas nas Constituições mais liberaes dos nossos dias, do que restricções que possam significar hostilidade ou exculsão geral. Fundado n'uma melhor interpretação d'esses velhos textos é que o eminente Professor argentino chega a affirmar que, ao lado de um direito internacional publico baseado nas regras positivas de Moral, de Justiça e de Humanidade, existio tambem entre os indús um systema de normas de direito internacional privado, e tão sabias, que as legislações contemporaneas não teem feito senão copial-as. (3)

A historia do Egypto, mais do que a da India, é uma demonstração positiva de que o estrangeiro não foi, na Antiguidade, tão destituido de direitos, como em regra se diz. Em qualquer dos periodos em que essa historia, sobre o assumpto especial de que nos occupamos, possa ser dividida, é sempre o maior respeito para com os estrangeiros o que ahi se depara, ao lado da mais ampla protecção, mesmo religiosa, (4) que lhes era dispensada. Desde as mais remotas epocas, as escolas publicas lhes eram inteiramente facultadas; certas garantias lhes foram concedidas; e os seus direitos privados tinham o mesmo amparo com que os cobrem as legislações contemporaneas. A instituição do emporio commercial de Naukratis, que as modernas investigações historicas hão confirmado, é uma prova de que o estrangeiro estabelecido no Egypto podia conservar a nacionalidade de origem e ver as proprias relações privadas reguladas pela lei pessoal. Naukratis era um porto franco para os gregos do

(3) E. Zeballos. Justicia Internacional positiva Madrid, 1910, p. 119.

(4) O Deus Seth era na antiga mythologia egypcia, reconhecido como o protector dos forasteiros. Rawlison. Ancient do gypt, London, p. 113.

mar Egêo, das ilhas de Mytilene e de Samos, tendo um governo politico, tambem entregue aos gregos, sob a alta administração de um magistrado especial, chamado *timarks*. (5)

A civilisação egypcia só começou a ser conhecida, depois que as sciencias modernas, revolvendo o Oriente, tiveram o poder de decifrar-lhe os torturantes enigmas, que os hieroglyphos guardavam na sua impenetrabilidade de esphynges. Herodoto, Strabão, Diodoro, que visitaram o Egypto e nos descreveram o paiz, os costumes e as instituições, contentavam-se com informações ás mais das vezes suspeitas que lhes eram dadas por interpretes. Não nos deixaram senão vagos elementos de juizo sobre a organisação juridica d'aquelle povo, que nós hoje, graças á visão genial e ao perseverante labor dos egyptologos, sabemos ter possuido um systema de direito publico e privado perfeitamente definido. Devemos á egyptologia, que tanto tem enriquecido a historia, mais ainda esse beneficio de conhecermos hoje, com o auxilio de documentos não somente numerosos, mas visiveis e palpaveis, como viviam os egypcios, por exemplo, da quinta Dynastia (3.000 annos antes de Christo); qual o seu direito publico e privado, o regimen dos bens e das pessôas, as suas occupações, etc., mais exactamente, nos diz Moret, do que se propuzessemos a mesma questão para a sociedade franceza da Edade Media ou de ha cerca de trezentos annos. (6)

Os egypcios levaram tão alto a sua consideração juridica em favor dos estrangeiros que chegaram a crear uma jurisdicção privilegiada para lhes proteger os direitos, como nós temos os juizes federaes, com fins iden-

(5) Masgero. Histoire Ancienne des Peuples de l'Orient classiqne, 526.

(6) A. Moret, Rois et Dieua d'Egypte. Paris, 1911, p. 307.

ticos, nos conflictos das leis. Os magistrados egypcios, chamados *agoranomos*, tinham alem da funcção propria de distribuir a justiça, mais ainda a de formular e redigir os contractos, que, em dois ou tres idiomas em que eram versados, celebravam na sua presença os estrangeiros, concorrendo assim para que não fossem elles, por ignorancia da lingua local, induzidos em erro pelos escrivães ou os outros contractantes. Esses contractos, como as inscripções bilingues, serviram a Champollion de precioso auxilio para o conhecimento integral da lingua dos egypcios, quando, somente, se chegou a ver que dominio immenso de civilização jazia occulto nos symbolos indecifraveis. "Tal é a civilização, diz Moret, restituida ao patrimonio intellectual da humanidade pelo genio de Champollion." (7)

Os antigos hebreus, ilhados no seu pequeno paiz e sem essa vida externa que é a caracteristica de todos os povos commerciantes, teem, todavia, uma historia tão rica de normas reguladoras quanto realmente pobre de relações internacionaes.

Nenhum povo na Antiguidade teve, como os hebreus, uma concepção tão nitida e tão perfeita da distincção que se devia fazer entre o cidadão e o estrangeiro. Desde o começo, essa ideia se desenvolveu entre elles sobre uma base inteiramente desconhecida e diversa da dos outros Estados. Assim é que, emquanto para estes a ideia de cidadão se faz inseparavel ou de habitante do territorio, a lei mosaica reconhece em todo hebreu um membro do Estado, desde que pela origem se tenha tornado membro do povo eleito. Por força d'este principio, diz Catellani, é que o hebreu, que se estabelecia na Phenicia ou no Egypto, não deixava de ser hebreu; e que,

(7) A. Mores, ob ci. p. 311.

vice-versa, o estrangeiro estabelecido na Palestina não deixava por isto só de ser estrangeiro. (8)

Havia no direito hebraico tres especies de estrangeiros: o *Gher* que era o que tinha estabelecido domicilio permanente no paiz; o *Thoschab* que não tinha no paiz senão uma residencia temporaria; e finalmente o *Nochri* que era o forasteiro de passagem no territorio, tratando de seus proprios negocios. Não obstante a preponderancia que entre os hebreus exercia a vida religiosa sobre a politica e a civil, os estrangeiros, qualquer que fosse a categoria a que pertencessem, tinham alli os seus direitos da mesma forma protegidos.

O estrangeiro não era jamais excluido, nem mesmo de certas garantias especiaes que, em favor dos fracos, o legislador havia estabelecido. Collocado sob a salvaguarda de Deus, era elle admittido a entrar e a rezar no templo, ainda que um convertido não fosse, e fosse mesmo um estrangeiro de passagem. (9)

Nas relações privadas, a obrigação de respeitar os pactos estipulados era a mesma, quer para com o estrangeiro, quer para com o cidadão; e pelo que respeita á beneficencia, a assimilação do estrangeiro ao hebreu era a mais completa. Relativamente a esse ponto, poder-se-ia dizer que a pobreza os irmanava sob a egide do mesmo direito. (10) Aos estrangeiros se devia fazer sempre justiça; seria amaldiçoado o juiz que fizesse oppressão aos seus direitos.

Tal era a situação juridica dos estrangeiros no periodo biblico, n'esse periodo justamente em que é costume dizer-se que prevalecia a tendencia ao seu aviltamen-

---

(8) Ob. cit. p. 33.

(9) Reis III, VIII, 41. « Tambem quando algum estrangeiro, que não é do teu povo de Israel, vier de algum paiz remoto por causa do teu nome, tu o ouvirás.»

(10) Levit. XIX, 10, Deuter. XIII, 28, 29.

to e desprezo. Os estrangeiros tiveram depois, no periodo heroico da epoca regia, um tratamento ainda melhor. Já então as relações dos hebreus com os outros povos se haviam alargado, e o recenseamento feito por Salomão dava a existencia de 153 mil estrangeiros, fixados no territorio.

Não se pode fazer um estudo efficaz da condição dos estrangeiros na antiga Grecia, sem que se tenha em vista, antes de tudo, o typo de civilisação politica que os gregos haviam creado, e o qual não tinha até ahi nenhum outro que se lhe podesse assemelhar. E' o typo da cidade-nação, forma original de Estado em que as cidades do hellenismo se haviam constituido, e com a qual chegaram a realizar essas altas civilizações de que o genio grego nos deu o exemplo.

Athenas e Sparta eram as mais notaveis organizações d'esse genero, mas foramvam, sob o ponto de vista do actual estudo, dois typos inteiramente differentes.

Em Sparta, typo perfeito de civilização *sportiva* e guerreira, é o caracter exclusivista, austero e rude, o que ahi predomina. O espirito militarista de Lycurgo havia gerado um ambiente, que se não excluia totalmente o estrangeiro, não lhe era todavia favoravel.

Athenas, ao contrario, é a cidade cosmopolita, é a cidade de immigração que facilita aos estrangeiros o accesso ao seu territorio, acolhendo-os com uma legislação mais larga e mais fiel ás tradições antigas de hospitalidade.

O direito atheniense distinguia tres classes de estrangeiros: os estrangeiros não domiciliados, os estrangeiros domiciliados ou *metecos*, e, finalmente, os estrangeiros privilegiados ou *isotelos*. A estas tres categorias de estrangeiros, alguns escriptores accrescentam mais uma: a dos barbaros, ou estrangeiros que viviam

fora da civilisação grega. (11) Quanto a esta, escreve Catellani: "Seria um erro acreditar que a distincção, realmente feita na consciencia hellenica, entre gregos e barbaros, produzisse os mesmos effeitos em todo tempo e nas relações internacionaes com todo povo barbaro. Do mesmo modo que na edade heroica, assim se andou de novo attenuando no ultimo periodo da independencia grega, e, sobretudo, durante a diffusão do hellenismo, aquelle sentimento de desprezo e de rancor que foi por algum tempo inseparavel da denominação de barbaro." (12) O que é verdade é que os Jonios colonisadores procuravam fazer acçordos com os barbaros, não desdenhavam de contrahir com elles intimas relações e não faziam grande caso da pureza da estirpe, escolhendo as suas esposas onde quer que se encontravam, fosse entre os Celtas, Scythas ou outro qualquer povo. (13) Tambem não é menos certo que a condição dos barbaros não impedia que em Athenas vivessem, ao tempo de Xenofonte, Lydios, Phrygios, Syrios e outros estrangeiros não hellenicos de maneira alguma, acolhidos na classe dos *metécos*. (14)

Os estrangeiros não domiciliados eram aquelles que, pertencendo a cidades em relações seguidas com Athenas, não se tinham fixado de uma maneira definitiva sobre o seu territorio e não tinham obtido nenhuma autorização para isto. Estes estrangeiros se achavam debaixo da protecção dos *estrategas* e do conselho de guerra, creados pela Constituição de Clistenes. (15)

Os *metecos* eram os estrangeiros que haviam fixado domicilio na cidade; elles eram submettidos a um impos-

---

(11) André Weis, Traité Theorique et Pratique de Droit Int. Privé, t. 2, p. 16.
(12) Obr. cit. p. 103.
(13) Centius e Grote, cit. por Catellani, ob. cit. p. 103.
(14) Xenofonte. De Vectigol, ca. II, 3.
(15) Hauvette, Les stratèges athénien, 128.

to, mas, em compensação, gozavam de certos direitos, e da protecção das leis que lhes era concedida, como se concedia aos proprios athenienses. Como no Egypto, havia-se instituido em seu favor uma jurisdicção, a do *polemarco*. Segundo Aristoteles, a funcção d'este magistrado era comparavel a do archonte, cujo poder se exercia sobre os cidadãos. N'uma situação mesmo superior a dos *metecos* se achavam os estrangeiros denominados *isotelos*, os quaes eram dispensados do tributo que sobre aquelles pesava, e podiam-se prevalecer de um tratado de *isopolitia*. Chamavam-se assim os tratados que os Estados gregos celebravam, e nos quaes clausulas eram insertas que estabeleciam a egualdade civil entre os habitantes das cidades contractantes.

Como se acaba de ver, a civilização grega se distinguia pela protecção dos estrangeiros, pela definição dos seus direitos, e por uma vida juridica internacional perfeitamente esclarecida. Tal é o traço caracteristico da civilização atheniense, civilização verdadeira, por isso que se não resume tão somente na belleza perfeita dos seus monumentos e dos seus poemas, como, sobretudo, consiste na egualdade do direito, na liberdade, no respeito do homem pelo homem, na dignidade individual, na humanidade em summa.

Roma começou a sua vida constitucional, organizando-a nos mesmos moldes da civilização hellenica, e rematou a obra da civilização admiravel que a Grecia havia iniciado. Os gregos tinham tido sobre os seus predecessores do Oriente a immensa vantagem de formar uma ideia justa do Estado, pois que a cidade hellenica, mesmo com os seus defeitos, já se poderia dizer, como Denis, que era a justiça e a humanidade em ponto pequeno. (16)

Faltava-lhes, porém, uma arte, a arte de assimilar

(16) J. Denis, Histoire des Theories et des idées morales dans d'Antiguité, Paris, 1856 t. 2, p. 420.

os outros povos, que o exclusivismo organico das cidades gregas não permittia, e que, sendo o fundamento da grandeza e da liberdade de Roma, é o traço principal d'esta absorvente civilização de que os romanos foram os obreiros.

Não teem razão os que dizem que, na Roma primitiva, todos os estrangeiros eram barbaros, e que entre elles e os cidadãos romanos, nenhuma communidade de direitos era possivel ou mesmo imaginavel. A palavra *hostis* com que era designado o estrangeiro, não quer dizer que elle fosse considerado ou tratado como inimigo, pois que para o inimigo havia a denominação especial de *perenellis*, sendo o *hostis* o estrangeiro, cuja cidade está em paz com Roma. (17) O rigoroso preceito da lei das Doze Taboas— *Adversus hostem aeterna auctoritas* — constantemente invocado como prova de que a esta differença de denominações não correspondia nenhuma differença em suas condições juridicas, não pode ter o valor nem a significação que se lhe pretende attribuir, por isto que, como é sabido, os estrangeiros já gozavam, mesmo antes da lei das Doze Taboas, de uma situação juridica definida, situação que aquella lei, moldada nos institutos gregos, não fez mais do que ampliar. A rudeza d'aquelle preceito não se compadece com o feitio peculiar da aggregação politica dos romanos, que fora, desde o começo, uma ausencia de exclusivismo de sangue, como de culto; a cidade, no dizer dos historiadores, era um azylo aberto e prompto a *adoptar* todos os forasteiros. E é porque fora sempre o refugio de escravos fugitivos, porque admittia facilmente o estrangeiro em seu seio, porque naturalizava logo o escravo liberto, e é por tudo isso que, mesmo antes do Imperio, Roma merecera ser cha-

(17) André Weis, ob. cit. p. 20, Catellani. ob. cit. p. 108

mada a mais publica e a mais humana de todas as cidades. (18)

Não seria, pois, razoavel uma interpretação do preceito, que estivesse evidentemente em desaccordo com os costumes do povo e o espirito da propria lei. Antes, poderiamos ver no texto alludido uma exclusão do estrangeiro, como entende Zeballos, unicamente das funcções do culto divino, isso que na verdade é tão commum nas legislações do oriente, como do occidente, e até mesmo se pode encontrar n'algumas constituições contemporaneas. (19)

Nos primitivos tempos de Roma, a palavra *hostis* não tinha, por conseguinte, o significado de inimizade, como tambem o não tinha a denominação de *barbaro*, que era empregada na Grecia. *Hostis* e *barbaro*, eram termos que exprimiam antes opposição, não hostilidade, tanto assim que nem Roma primitiva, nem a primitiva Grecia haviam usado uma mesma expressão para indicar *forasteiro* e *inimigo*. Isso demonstra, diz Catellani, que a esses povos repugnava a identificação dos dois conceitos e que uma disposição inimiga para com todos os estrangeiros era extranha á consciencia dos primeiros romanos, como dos gregos primitivos. (20)

Os *hostes* tinham relações de toda a natureza, civis, commerciaes e processuaes, em Roma. Elles ahi entravam e d'ahi podiam sahir, como tambem permanecer no seu seio, pela forma por que bem entendessem. O constante ingresso de mercadores forasteiros em Roma, e o augmento crescente d'esta classe, teem sido mesmo apontados como um factor importante, um elemento novo e decisivo para as revoluções que se operaram depois. Tambem a primitiva rudeza da cidade se foi amaciando

(18) I. Deni, ob. cit. t. 2, p. 435.
(19) Ob. cit. pag. 135.
(20) Ob. cit. p. 109.

pelo contacto dos elementos extranhos, por via do commercio e da navegação, pela influencia das ideias e costumes que os etruscos, os phenicios e os gregos, senhores do mar, traziam nos seus navios. As consequencias d'esse contacto eram manifestas nas instituições, nos costumes, nos cultos. (21)

Mais tarde, e por essa forma, é que se havia de constituir o direito romano. Já não eram, pois, as ideias stoicas o unico influxo a que a sua formação teria de obedecer. Elle iria beber tambem, e a largos haustos, nas velhas fontes orientaes e no direito da Grecia, de tal modo que se tem podido affirmar que a lei das Doze Taboas, em muitos dos seus principios, não era mais do que uma traducção literal ou uma copia da legislação de Solon. "Sem recorrer mesmo á tradição, diz Denis, que envia os Decemviros á Athenas e ás principaes cidades hellenicas para d'ahi trazerem o direito, aliás todo romano e todo patricio, das Doze Taboas, sabe-se que a jurisprudencia pretoriana, antes de Augusto, se desenvolveu principalmente ao contacto dos estrangeiros; e suspeita-se que as invocações do pretor *urbano* não eram, ás mais das vezes, senão copias mais ou menos modificadas das regras de justiça admittidas e seguidas pelo pretor *peregrino.*" (22)

Em Roma, havia, nos seus primeiros tempos, duas instituições creadas para favorecer o estrangeiro: o *hospitium* e o *patronatum*. O *hospitium* era um contracto de protecção, em virtude do qual o *cives romanus* se compromettia a receber o estrangeiro e a tratal-o com honra; velar pela sua saude e os seus interesses; defendel-o perante a justiça e sepultal-o depois de morto. O *hospitium* não tinha nenhuma sancção ou caracter legal, mas

(21) Oliveira Martins, Historia da Republica Romana, t 1, p. 22.

(22) Ob. cit. t. 1, p. 387.

a religião o tomava sob a sua salvaguarda, e a sua violação constituia um crime perante a divindade. Os direitos e obrigações decorrentes desse contracto passavam para os herdeiros dos contractantes e subsistiam mesmo na superviniencia de guerra com o povo do estrangeiro (*hospes*) e Roma.

O *patronatum* era tambem um contracto em que o estrangeiro, entrando na clientela do patricio, se collocava sob a autoridade do patrão n'uma situação analoga a do *filius familias.*

As relações do patronato e da clientela eram accessiveis ao estrangeiro *sine civitate,* isto é, o que havia abandonado a sua patria para se fixar na patria romana. O cliente é admittido ao culto domestico do patrão, encorporado no seu gremio, sob condição de acompanhal-o e defendel-o na guerra e de não votar contra elle no comicio; ajudal-o pecuniariamente quando elle tem de dotar uma filha, quando, captivo de guerra, tem de se resgatar, quando soffre a pena de uma multa judiciaria; e alem de todos estes casos eventuaes o cliente contribue para as despezas ordinarias do culto *gentilico,* da *gens* em que foi adoptado. O patrão instruira o estrangeiro em seu direito e o representava perante a justiça.

Essas instituições tinham o seu orgão judicial proprio nos magistrados chamados *recuperatores,* os quaes, como certos magistrados da Grecia, desempenhavam funcções militares, administrativas e diplomaticas. Esses magistrados funccionavam por mandato publico geral ou eram instituido nos tratados, e tinham competencia para conhecer dos casos dos estrangeiros submettidos ao *hospitium* e ao *patronatum,* especialmente das reivindicações pecuniarias entre os subditos de nacionalidades ou de paizes diversos. (23)

---

(23) Holtzendorff et Brivier, Introduction au Droits des

A instituição dos *recuperatores*, cuja organização, competencia e forma de julgamento nos são hoje conhecidas, é uma prova de que o direito dos estrangeiros se havia tornado em Roma uma realidade positiva, e que já não era mais licito, a quem quer que fosse, desconhecel-o impunemente.

No seculo sexto, a evolução social e juridica de Roma havia tomado um desenvolvimento espantoso. Os estrangeiros deixam de ser designados com o nome de *hostes*, são agora chamados seres errantes ou peregrinos, a quem a concessão de direitos privados importantes e numerosos faz com que se lhes abram de par em par as portas do pretorio. Como as velhas instituições já não correspondem aos fins para que froam creadas, crea-se um magistrado novo, um magistrado especial tendo por funcção dizer o direito nos litigios em que é interessado um peregrino; esse magistrado é o *proetor peregrinus*.

Zeballos diz que não chama ao pretor magistrado, "porque era mais do que isso: é uma verdadeira instituição juridica complexa, que revive e aperfeiçoa o passado greco-oriental." (24)

O pretor peregrino, conforme a menção que d'elle faz o Epitome de Tito Livio, apparece no anno 507 da fundação de Roma, revestido da competencia judiciaria que lhe é assignada como o magistrado dos estrangeiros. A sua jurisdicção se estendia tanto ás causas em que somente eram interessados os peregrinos, como tambem áquellas em que eram partes um peregrino e um cidadão romano. D'ahi o duplo titulo com que elle se mostra nas inscripções: *proetor qui jus dixit inter peregrinos, proetor qui jus dixit inter cives et peregrinos.*" (25)

Gens, p 240. Voigt, Das jus naturale aequm et ñonum und jus gentium der Romer, 1 e 2. 160.

(24) Hb. cit p. 146.

(25) Ch. de Boeck, Se pretem peregrin, p. 14 e s.; Wein ob. cit. t. 5 º p. 25.

Vivia em Roma, cerca de duzentos annos antes de Christo, uma multidão compacta de estrangeiros de religiões diversas e de cultura differente; philosophos, sabios e artistas de todos os paizes ahi se haviam installado; a cidade era superior a todas as outras; dir-se-ia uma metropole de civilização mixta e typo cosmopolita, como Athenas, Alexandria ou Babylonia. (26) A pretura surgio como uma necessidade de levar a essa população heterogenea o amparo de soluções juridicas convenientes, dando á condição dos estrangeiros, em tão grande numero sobre o solo romano, bases juridicas menos movediças e uma organisação definitiva. A pretura tinha o dever de encaminhar a justiça dos peregrinos, de ouvil-os, de definir o seu caso, de formular-lhes a acção opportuna (*formula*) e de remettel-a aos *judices*, para a sua decisão. Os *judices* proferiam sentença sobre a questão estabelecida na *formula*, resolvendo-a, ora affirmativa, ora negativamente, salvo casos especialissimos. (27)

O pretor, no exercicio de suas funcções, applicava ao estrangeiro as soluções que elle podia tirar do *jus civile*, adaptando-as quanto possivel. Se não encontrava a solução no direito quiritario, elle ia buscal-a nos ensinamentos da philosophia, nas legislações estrangeiras, e, por ultimo, na sua propria consciencia. Tinha, pois, o pretor a alta faculdade de crear a lei.

E foi assim que a jurisprudencia pretoriana se tornou tão larga e tão util, cumprindo aliás a missão que Papiniano lhe havia assignado de secundar, completar e corrigir o direito civil. (28) Em jurisprudencia foi, com effeito, o concurso mais efficiente prestado pelos magistrados romanos á obra legislativa. Cabe-lhe a gloria de

(26) Holtzendorff et Rivier, ob. cit. p. 230.
(27) E. S. Zeballos, ob. cit. p. 149 : Ch. de Boeck, ob. cit. p. 85.
(28) G. 7 p. 1, De just. et jure. Dig. (t. 1).

ter sido o factor mais importante da elaboração progressiva do *jus gentium,* ou o direito dos estrangeiros em Roma, pois este direito não era mais do que o conjuncto d'aquellas faculdades que a jurisprudencia pretoriana reconheceu como inherentes a todos os homens e indispensaveis á existencia.

O pretor peregrino foi, portanto, o creador verdadeiro do *jus gentium,* d'esse direito, que, como diz De Boeck, "no começo, extranho ás relações dos cidadãos entre si, depois tornado o direito commum a todos os homens livres que têm accesso nos tribunaes romanos, invade o dominio originariamente regido pelo *jus civile,* trava com elle um combate victorioso, o supplanta e o absorve, e constitue, sob o nome de *jus romanum,* este direito ao mesmo tempo humano e universal, que tem atravessado os seculos." (29)

Com a queda da Republica e o advento do Imperio, não tendo mais nenhum alcance pratico o dualismo dos estrangeiros com o *jus gentium* de um lado, e os cidadãos de outro lado, o *proetor peregrinus* perde immediatamente a maior parte do seu prestigio e não tarda a se tornar um orgão verdadeiramente inutil, destituido de toda a funcção. (30) E' de presumir que elle não tenha mesmo sobrevivido á constituição do imperador Caracalla, com a qual, como é sabido, desappareceu por completo a distincção entre cidadãos e estrangeiros no novo mundo romano.

Dr. *Odilon Nestor.*

---

(29) Ch. de Boeck, ob. cit, o. 210.
30 Holtzendorff et Rivier, ob. cit. p. 257.

Leis de Guerra

Doentes e Feridos

O Brazil enviando para Europa, um serviço de assistencia medica aos doentes e feridos, nessa tremenda hecatombe que ha mais de quatro annos envolve o mundo inteiro, vem de prestar um dos auxilios mais valiosos áquelles ao lado dos quaes se encontra na defeza dos mais sagrados direitos inherentes a propria vida dos Estados: o de conservação e o de liberdade.

E este sentimento de piedade e de amor, de justiça e de humanidade, para com os que, nos sangrentos campos de batalha, vão cahindo, exanimes, feridos, no cumprimento nobre do mais sagrado dos deveres, data de muitos annos.

Já na Roma antiga os feridos eram considerados como irmãos, o que importa dizer que, sem distinção de partido, todos eram tratados com o mesmo desvêlo de que são merecedores os que tombam em defeza da Patria.

E esta pratica humanitaria foi atravessando os seculos, cada vez mais ardorosa, cada vez mais aperfeiçoada,

Haja vista na idade media e nos tempos modernos, onde já se tem occasião de observar muitos tratados ou convenções entre generaes que se compromettem a "respeitar e cuidar, mutuamente, seus feridos, e onde cada um delles se obriga a dar sua protecção ao pessoal sanitario do exercito adversario."

Gurlt, diz Pillet, enumerou cerca de trezentos accordos deste genero, quasi todos celebrados em seculos anteriores ao nosso. Era uma primeira satisfação dada a humanidade, mas uma satisfação ainda bem incompleta.

Nada havia, pois, definitivamente assentado; taes convenções, somente validas para os exercitos sob o commando dos chefes que as celebravam, eram mal observadas, uma vez que, dos soldados, eram pouco conhecidas.

Decorreram-se os tempos.

Em 1764, um intendente general dos hospitaes sedentarios dos exercitos do rei, M. de Chamousset, escrevia o seguinte:

"Não se deveria olhar os hospitaes como conquistas e os doentes que elles encerram como prisioneiros. Em um seculo em que tudo se tem adquirido pelo lado do espirito e das luzes, não se deveria provar que nada se tem perdido pelo lado do coração e dos sentimentos, e não é chegado o momento de estabelecer entre as nações uma convenção reclamada pela humanidade?"

E este reclamo, este grito de humanidade, perdeu-se na immensidão do espaço para resurgir 95 annos depois pela palavra phylantropica do medico genovez R. Dunant que, em o seu livro "Recordações de Solferino", narra com as mais carregadas côres, e o mais sincero testemunho, os horrores que presenciara quando em visita aos campos de batalha de Milanês.

O quadro observado era tetrico: milhares de feridos que se estorciam agonisantes, sem que o mais pequenino soccorro lhes fosse dado.—Este livro tamanha influen-

cia exerceu sobre a opinião publica da Europa que, diz Clovis Bevilaqua "foi o impulso inicial para a reunião da Conferencia de Genebra de 1864, que preparou a convenção de 22 de agosto desse anno, sobre a neutralisação dos hospitaes militares e ambulancias."

Uma segunda conferencia, tendo em vista completar o trabalho da primeira, que apresentava algumas lacunas e imperfeições,—foi promovida sob os auspicios de Moynier, presidente de uma sociedade genoveza, o qual desde a de 1864, havia dado franco apoio e prestado decisivo auxilio ás ideias de Dunant.

Em 1867, numerosas reuniões tiveram logar em diversas capitaes, notadamente em Paris e em Berlim, para estudar as modificações que seriam conveniente fazer ao texto da convenção de 1864.

Assim, no anno seguinte, a 20 de outubro de 1868, foi, effectivamente, preparado em 15 artigos, um projecto de convenção, o qual não alcançou ser ratificado pelas diversas potencias, e ao mesmo tempo que, em 9 destes artigos (6 a 14) regulamentava a protecção do serviço de saude nas guerras maritimas, estabelecia cinco outros (1 a 5) destinados a completar as disposições da Convenção de 1864.

Esta, que é obrigatoria, foi originariamente assignada por doze Estados: o grão ducado de Baden, a Belgica, a Dinamarca, a França, a Hespanha, o ducado de Hesse, a Hollanda, Portugal, a Prussia, a Suissa, e o Wurtemberg.

Veio mais tarde a adhesão de outras potencias: a Austria em 1866; a Russia, em 1867; a Turquia e a Rumania, em 1873; a Persia e o Salvador em 1874; o Chile, em 1879; o Perú, em 1880; o Japão, em 1886, Venezuela, em 1894; o Sião, em 1895; a Republica Sul Africana, em 1896; o Estado livre do Orange, em 1897; Honduras e Nicaragua, em 1898; Uruguay, em 1900; a Co-

réa e Guatemala, em 1903, etc., de modo que chegou a ligar 47 Estados, entre os quaes o Brazil.

—Em 1899, a Conferencia de Paz, depois de applicar á guerra maritima os principios da Convenção de Genebra, emitte o voto de que essa Convenção devera ser revista.

Sete annos depois, ainda em Genebra, reuniram-se os representantes de 36 Estados e elaboraram a convenção de 6 de julho de 1906.

Em 1907, pelo Decreto n.º 1633 de 3 de janeiro, desse mesmo anno, o Brazil approvou as duas Convende Genebra, relativas a Cruz Vermelha.

São bases principaes da Convenção de Genebra, assignada a 22 de agosto de 1864:—

Art. 1.º—"As ambulancias e hospitaes militares serão considerados neutros (*inviolaveis*) e, como taes, protegidos e respeitados pelos belligerantes, emquanto nelles existir doente ou ferido.

Cessará a neutralidade, si esses hospitaes e ambulancias forem guardados por força militar."

Art. 2.º—"O pessoal dos hospitaes e ambulancias, comprehendendo a intendencia, os serviços de saude, a administração, o transporte de feridos, assim como os religiosos, participará do beneficio da neutralidade, quando funccionar, e emquanto restar ferido a acudir ou soccorrer."

Art. 3.º—"Estas pessoas podem continuar no exercicio de sua missão, depois de occupado o territorio pelo inimigo. Si, porem, quizerem retirar-se para reunir-se ao seu corpo de exercito, serão conduzidas aos postos avançados do inimigo."

Art. 4.º—"O material dos hospitaes militares fica submettido ás leis da guerra, e não pode ser retirado, depois da occupação. A ambulancia, porém, conservará o seu material."

Art. 5.º—"Os habitantes do paiz podem prestar soccorros aos feridos, e serão garantidos no exercicio dessa obra de humanidade. Aquelles que recolherem feridos em suas casas, ficarão dispensados da obrigação de alojar tropas, assim como de parte das contribuições de guerra."

Art. 6.º—"Os commandantes em chefe terão a faculdade de mandar conduzir, aos postos avançados do inimigo, os militares feridos durante o combate.

Depois de restabelecidos, os invalidos serão repatriados, e os validos poderão sel-o, do mesmo modo, sob a condição de não retomarem as armas durante a guerra."

Art. 7.º—"Para os hospitaes, ambulancias e comboyos de evacuação, haverá uma bandeira distinctiva, uniforme."

Art. 8.º—"Os pormenores da execução destes preceitos serão regulados pelos commandantes em chefe dos exercitos belligerantes."

—A Convenção de 6 de julho de 1906, foi tambem adoptada pelo Brazil, pelo Decreto n.º 1680, de 30 de julho de 1907.

Suas disposiçõe esssenciaes são:

—*Feridos e doentes.* "Os militares e as outras pessoas, officialmente ligadas aos exercitos, devem ser respeitadas e tratadas, sem distincção de nacionalidade. Todavia, o belligerante obrigado a abandonar doentes ou feridos ao adversario, deixar-lhe-á, tanto quanto as circumstancias militares lh'o permittirem, uma parte de seu pessoal e de seu material sanitario, para ajudar a tratal-os (art. 19). Os feridos ou doentes de um exercito, que cáem no poder do outro belligerante, são prisioneiros de guerra, sendo-lhes applicaveis as regras geraes respectivas do direito das gentes. Todavia aos belligerantes fica a liberdade de estipular, entre si, as clausulas de excepção que, a respeito dos doentes e feridos

lhes parecerem uteis; por exemplo: a troca dos feridos, que, depois do combate, ficarem no campo da batalha; a repatriação dos doentes e feridos, que se restabelecerem ou puderem se transportar, e que não quizerem guardar como prisioneiros; a remessa, para um Estado neutro, que nisso concorde, dos feridos e doentes do partido adverso, com a condição de serem internados, até o fim das hostilidades (art. 2.º).

—*Estabelecimentos sanitarios*: —"Os serviços sanitarios moveis, isto é, os que são destinados a acompanhar os exercitos em campanha, e os estabelecimentos fixos do serviço de saude, serão respeitados e protegidos pelos belligerantes (art. 6.º). Cessa essa protecção, si della abusam, commettendo actos nocivos ao inimigo (art. 7º). Por terem guarda e defeza proprias, os serviços e estabelecimentos sanitarios não ficam privados de protecção (art. 8.º).

—*Do pessoal.* —O pessoal exclusivamente empregado na remoção, transporte e tratamento dos feridos e doentes, assim como na administração dos serviços e estabelecimentos sanitarios, e os religiosos addidos aos exercitos, serão respeitados e protegidos, em todas as circumstancias. Si cahirem nas mãos do inimigo, não serão tratados como prisioneiros de guerra. Estas disposições applicam-se aos guardas dos serviços e estabelecimentos sanitarios, nos casos previstos no artigo 8.º (art. 9.º). Equipara-se ao pessoal de que se acaba de tratar o das sociedades de soccorro, devidamente reconhecido e autorizado por seu governo (art. 10)

O pessoal sanitario, seja official ou voluntario, belligerante ou neutro, continúa em funcção, ainda depois de cahir em poder do inimigo (art. 12).

O official tem direito ao soldo do exercito do belligerante, em cujo poder se acha (art. 13).

—*Do material.*—Os serviços sanitarios moveis, con-

servam o seu material, si cáem no poder do inimigo (art. 14). Os estabelecimentos fixos ficam submettidos ás leis da guerra, mas não poderão ser desviados de seu destino, emquanto forem necessarios aos feridos e doentes (art. 15). O material das sociedades de soccorro, seja movel ou fixo, - propriedade privada, e, portanto, sempre respeitado, salvo o direito de requisição reconhecido aos belligerantes, segundo as leis e os costumes da guerra (art. 16).

Comboyos de evacuação.—Os comboyos de evacuação são tratados como os serviços sanitarios moveis; entretanto o belligerante, que os intercepta, póde desfazelos, encarregando-se dos doentes e feridos, que contêm, ou obriga-los a mudar de caminho (art. 17).

—*Signal distinctivo.*—Em homenagem á Suissa, continúa a cruz vermelha em fundo branco, a ser o signal distinctivo do serviço sanitario dos exercitos (art. 18). As pessoas empregadas no serviço sanitario recebem-no da auctoridade militar competente, com um certificado de identidade (art. 20). A bandeira distinctiva da convenção deve ser arvorada, exclusivamente, nos serviços a estabelecimentos sanitarios que ella manda proteger, e com o consentimento da auctoridade militar. Ao seu lado deve ser levantada a bandeira nacional do belligerante, a que estão subordinados os serviços ou estabelecimentos. Mas, quando cahirem no poder do inimigo essas ambulancias, retirarão a bandeira nacional (art. 21). O emblema da cruz vermelha em fundo branco ou as palavras *Cruz Vermelha* ou *Cruz de Genebra* não poderão ser empregadas, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra, sinão para proteger ou designar os serviços e estabelecimentos sanitarios, o pessoal e o material protegidos pela convenção."

Applicação e execução da convenção.—As disposições desta convenção somente se applicam, obrigatoria-

mente, em caso de guerra entre potencias signatarias della (art. 24). Os pormenores de sua execução cabem aos commandantes em chefe dos exercitos belligerantes, assim como os casos previstos, de accordo com as instrucções do governo respectivo (art. 25). Os governos signatarios tomarão as medidas necessarias para instruir suas tropas e, especialmente, o pessoal protegido, das disposições desta convenção, e para leva-las, egualmente, ao conhecimento das populações.

—*Da repressão dos abusos e das infracções.* Tomar-se-hão providencias para que somente pessoas auctorisadas usem do emblema e da denominação de *Cruz Vermelha* ou *Cruz de Genebra*, e para que sejam reprimidos, em tempo de guerra, os actos individuaes de pilhagem e mau tratamento, para com os feridos e doentes (arts. 27 e 28.)."

... ...

Sob o ponto de vista theorico existe uma grande differença entre a convenção de 1864 e o projecto de 1868: a primeira é obrigatoria, por isso mesmo que foi ratificada pelos Estados; o segundo, não o é, não passando, ainda hoje, de um projecto.

Sob o ponto de vista pratico, entretanto, a differença é muito pequena. "O projecto, diz Pillet, tem por si a auctoridade natural que se prende a decisões racionaes e humanas, e esta auctoridade tem sido tão bem reconhecida que em certas guerras que tiveram logar depois de 1868, os belligerantes têm manifestado sua intensão de se conformar aos artigos addicionaes, tão bem quanto ás disposições do texto primitivo. Pode-se dizer, praticamente, que estes dois textos formam um só corpo."

Em 1907, a Conferencia de Haya, secundou os dispositivos constantes da convenção de julho de 1906, e a

semelhança do que fizera a de 1899, quanto a convenção de 1864,—fez extender ás guerras maritimas os principios da convenção de 6 de julho de 1906. As mesmas convenções estabeleceram ainda a equiparação dos navios hospitalares militares e particulares aos estabelecimentos fixos e moveis da convenção de Genebra; accrescentaram ás classes dos doentes e feridos, a dos naufragos e asseguraram a inviolabilidade do pessoal religioso, medico e hospitalar dos navios capturados.

—E' o que existe como leis que regem o assumpto.

... ...

Mas a acção humanitaria das Convenções de Genebra ,teve uma repercussão pelo mundo inteiro.

D'esde então, se tem suscitado, gradativamente, em quasi todos os Estados civilisados, a creação de sociedades voluntarias de soccorro, aos feridos e doentes.

Quem, porventura, desconhece a acção bemfaseja destas associações que recebem, por toda parte, o nome de *Cruz Vermelha?*

Entre nós, mesmo, o quanto de patriotismo já não vai pela alma brazileira; o quanto de abnegação, de carinho, de amor, já se não aninham no coração das nossas patricias que, nestes ultimos tempos, tão denodada e voluntariamente, se têm offerecido para trabalhar ao lado destes phylantropos campeões que agora, na mais santa das missões, seguem para os hospitaes de sangue da Europa, amparados pela mão protectora de Deus e ante a sombra vivificadôra do pendão auriverde da nossa querida Patria?

Desconhecemos ainda a organisação completa deste serviço de saude que se destina ao Velho Mundo, mas cremo-lo perfeito, pois somente assim serão efficientes os resultados delle emanados.

Sabemos todos que uma boa organisaçdo do serviço de saude é a primeira e a mais essencial das condições de

soccorros aos feridos, e a situação destes, do pessoal e dos estabelecimentos sanitarios depende ao mesmo tempo da organisação nacional que o serviço de saude recebe de cada um dos belligerantes, e das regras internacionaes que se impõem a uns e outros.

E por isso doutrina Pillet que, para ser completa, a organisação do serviço sanitario deve ser dupla: de um lado, a parte *nacional* manifestada no patirotismo, nos deveres de humanidade, de carinho e de piedade; d'outro, a parte *internacional*, bem determinada nas seguintes regras:

"E' preciso que este pessoal e este material sejão postos, tanto quanto possivel, acima dos imprevistos da guerra; que o corpo de saude se compenetre de sua missão para com todos, sem distincção de partidos; que, reciprocamente, lhe seja assegurado encontrar por toda parte um acolhimento amigo e poder achar em um campo como em outro, os elementos necessarios ao exercicio de seu mister."

—Para este fim é licito todo o concurso. Até mesmo as nações neutras podem, sem quebra de sua neutralidade, prestar o seu auxilio a esta obra toda de humanidade.

E' um dever que se impõe a todos, sem distincção de classe e de sexo, porque os actos de phylantropia são dignos de figurar em todos os codigos, e encontram por toda a parte e em todos os momentos, o apoio dos Estados civilisados e das almas christãs.

Recife, Agosto, 1918.

Antonio Ignacio de Barros Ribeiro.

Lição inaugural de abertura de curso pelo Livre-docente de Medicina Publica Dr. Lins e Silva.

Meus Senhores:

E' justo que inicie o programma, por onde temos, todos nós de seguir a vereda do nosso livre curso de Medicina Publica, com a Historia da Medicina-legal.

E' de facto uma respeitosa tradicção, essa, de se começar pela Historia, isto é, pelos dados anamnesticos do programma que temos em vista, o qual devemos á proficiencia cathedralesca do digno professor da cadeira, cujas luzes nos servirão de guia e de amparo. A semelhança de casos clinicos sempre novos para quem começa, a materia que reconstitue globalmente o nosso estudo, tem uma etiologia que lhe é natural, uma evolução que lhe é propria, donde se segue que tem as suas causas e a sua historia, causas occasionaes por vezes, historia tambem por vezes cheia de phenomenos intercorrentes. De programma novo a cadeira, com a ascendencia do cathedratico, há de parecer tambem que deveriamos fazer uma sciencia nova. Com o vosso valioso auxilio, á tanto me ajudaria o engenho e a arte... Limitando-me porém no momento a louvar o illustre organisador do

programma, seja-me permittido desferir as nossas primeiras investigações ás epocas da historia da humanidade, desde o periodo dos grandes povos, o periodo embryonario da evolução da medicina applicavel a justiça, até as epochas posteriores em que a medicina-legal se constituio um ramo de medicina geral e um sub-ramo da sciencia do direito.

Eis ahi a descoberto, todo o campo da materia que vou expor, para que deveis completar o estudo da Historia da Medicina-legal. Bem de ver que era o caso se quizessemos fazer bibliographia, vos ensaiar nas velhas fontes medico-legaes e esperar de vós a condemnação para quem procurou vos affogar em alfarrabios bolorentos que não condizem com o sainete de programma apenas recemnascido.

Os primordios da Medicina, vão ser encontrados na India, a fonte da civilisação. Vitalisam-se prescripções medicas nas velhas leis dos Indús, as sabias e veneraveis leis de Manú. Commetter o adulterio, violar uma mulher ainda virgem, tocar nos seios ou nos orgãos genitaes de uma mulher casada, provocar o aborto, entregar-se a bestialidade, são crimes previstos seguidos de castigos severos para todo o Brahmane.

A victima, e como a victima egualmente o culpado, seria examinada por um medico que hoje receberia o nome de medico-legista, o qual, em nome de praticas vedicas, de usanças do tempo, jurava dizer a verdade em nome de Deus.

Da mesma feita se evocava a astrologia, se obser-

vava o planeta, entravam em linha todos os presagios para dizerem alto sobre o accusado e a victima.

A Caldéa foi o rico paiz em que floresceu a *astrologia judiciaria* se assim possamos nos expressar sem ferir os melindres da nobre sciencia do direito que na verdade, ainda vê o astrólogo no medico antigo...

Na Persia, o *Zend-Avesta,* commenta as lições corporaes, refere-se ás ecchymoses e aos casos mais complexos.

A palma, entretanto, de superioridade sobre legislação nos grandes povos, e sua mediata ou immediata applicação medico-legal, devemos aos Hebreus cujas lições affrontarão os seculos na memoria da moral e da sciencia. "Não fazei soffrer o culpado", diz a lei do maior hygienista philosopho da antiguidade—Moysés. E não fazendo padecer, quem tinha culpa formada, proclamava o menor supplicio possivel aos condemnados a morte emquanto exigia testimunhas idoneas para os actos da condemnação com apurada responsabilidade dessas testimunhas e dos juizes, egualdade perante a lei, auzencia dos instrumentos de tortura, tudo obedecendo um criterio sublimado sob a guarda dos padres que eram os medicos naquelles tempos.

Talvez dahi o apregoado sacerdocio da medicina... E' bem de ver que hoje já não rezamos pela mesma cartilha.

O medico, apenas em grego, ajuda a missa latina do direito. Menos que o sacerdote, faz-se o medico um simples ministro da justiça publica.

O *sacerdos magnus* sois vós, que concretizaes o direito, que animaes a justiça, que vos valheis da medicina para esclarecer os casos dos vossos lidimos processos...

E' o processo civil, é oprocesso criminal, que pode

ser esclarecido pela medicina diante a vossa evocação esclarecida.

Ahi temos então, a medicina-legal na sua pujança, na sua mais pura forma...

Os gregos, occuparam-se das feridas, das ecchymozis, e, na sua visão mais alta, sagraram os cadaveres...

A sagração dos cadaveres foi porem um erro medico-legal.

Não vos pareça isso um paradoxo. Mas, a sagração dos cadaveres trouxe a interdicção das necropsias no grande povo de artistas.

Cadaveres sagrados — como reduzil-os as linhas anatomicas ou melhor anatomo-pathologicas com instrumentos profanos ?

Como as mãos profanas dos experimentadores, por mais sabias, tocavam a carne fria e sagrada dos que se propunham a cidade do além ?

Hoje, diante do cadaver, a sagração é a da sciencia. O cadaver integralisa-se no arsenal da sciencia. Só a sciencia é sagrada porque é o laboratorio universal.

Outros factos imprimiram a medicina legal no espirito antigo. A questão debatida dos nascimentos prematuros e tardios, questão que prendeu na sua malha o mundo intellectual do tempo, na qual o sabio velho de Cós, o pae da medicina como hoje lhe chamam mas pelo respeito que nos deve antes lhe chamemos o Deus da medicina, aduzio opinião que foi aos tribunaes, esses tribunaes que eram os aeropagos da antiga Hellada...

Ainda a historia dos povos, nos apresenta Julio Cezar, o conquistador das Gallias, como uma pagina de medicina legal, quando, após ser assassinado nesse senado romano que elle Cezar aviltara, teve que ser sondado em suas vinte e trez feridas pelo medico Antistius e o

povo romano de saber que somente foi mortal uma ferida penetrante do peito.

As leis das doze taboas imprimiram alto espirito medico-legal, como as *quoestiones perpetuae* dos decemviros.

Com a evolução das coizas, faz-se sentir a influencia do direito canonico e o cristianismo entra a transformar os costumes, a corrigir os habitos e a modificar a lei romana, pelo que uma grande transformação na justiça é o facto mais surprehendente da epoca. Desde então, a lei romana mereceu de ser chamada "a mãe de todas as leis humanas" conforme o baptismo de Carlos Magno.

A medicina legal, por esse tempo, já se affirma como um traço de união entre a medicina geral e o direito em particular.

Questões importantes, ainda hoje mais do que nunca dantes, relativas ao casamento, á impotencia, ao aborto, ao parto, á sobrevivencia, á alienação, ás molestias simuladas, á demencia, são tratadas, no Codigo Justiniano, com especial cuidado, como se a medicina lhes servissem de fonte e de amparo.

Apezar, não se observava ainda nessa epoca, a intervenção directa do medico na justiça o que se verificou depois com os primeiros albores da edade media... Então, as pessôas competentes que naturalmente eram os medicos naquelles tempos (*viri probatae artis*) tinham communicação com os tribunaes.

As *Capitulares* se referiam a directa intervenção do medico sobre cuja observação se apoiaria o juiz no julgamento.

A Carlos Magno devemos a mais florescente era dos primordios da medicina-legal. E não fosse o regimen feudal que se installou depois, dividido que foi o

Imperio, modificados que foram os costumes, que bellas paginas não teriamos para honra e gloria da medicina legal na edade media?

Mas, os processos cabalisticos originarios da Germania supersticiosa, ganharam terreno e o sobrenatural fez sua praça de guerra invadindo todas as coisas.

Lacassagne chega a dizer que por esse tempo os juizes eram arrastados pelos mesmos sentimentos e a mesma ignorancia do povo.

E' como se fossem os juizes partidarios de hoje, que se embriagam no mysticismo das paixões politicas...

A razão como que seguia o incenso da paixão de cada um.

Epoca de mysticismo e de barbaria, as provas dagua quente, dagua fria, do fogo, constantes nas *ordalias,* faziam justiça como o phenomeno da cruentação significando a vingança divina, egualmente dava logar aos processos judiciarios.

Em tudo era a superstição, em pouco menos de tudo era a barbaria...

O direito canonico arvora-se melhor orientador das coisas. As decisões do papa Gregorio IX, abraçavam questões que se refiriam a *impotencia coeundi* admittida pela igreja como razão de divorcio.

Os tribunaes ecclesiasticos formavam com a justiça leiga, se combinavam, se decidiam, se reconciliavam numa mesma organisação medico-judiciaria.

Emquanto, porém, as decisões se affastavam do direito ecclesiastico, o povo se infiltrava pouco e pouco do espirito religioso e das doutrinas catholicas.

O certo é que lia-se a Biblia fazia-se theologia, e na Biblia e em theologia, ruminavam-se os principios legados por Aristoteles, por Hippocrates e por Galleno.

Eis o que era a medicina legal da era mais ou menos de 1200 até os confins do seculo XVII.

Assignalam-se passagens affirmativas de uma salutar applicação medico-judiciaria com o apparecimento dos Phelippes, o Atrevido e o Bello, este tambem chamado o rei legista.

Então, os feridos e os mortos encontrados em via publica, tinham officialmente direito a uma assistencia de medicos, cirurgiões e parteiras de accordo com as necessidades do momento.

Até a epoca da revolução franceza, a contar desse tempo, as mulheres quando victimas de attentados aos costumes, eram examinadas conforme a technica usual, incumbindo-se desse exame parteiras habilitadas.

Fazia-se o officialismo medico-judiciario ao derredor desses casos para o triumpho esperado da justiça publica.

Mas, esse triumpho, não acarretava, conforme os auctores, com os devidos conhecimentos de anatomia e de physiologia, e durante a feudalidade nesses terriveis tempos da edade media talvez pela falta de conhecimentos anatomicos não se procedia a necropsia.

Tambem em epoca em que a justiça pairava pelos filtros, amavios, amuletos, sapos, gatos pretos, imagens furadas por agulhas, etc. a medicina-legal pouco se dava com melhores provas de pesquiza.

Os tribunaes encerravam as terriveis peças de tortura, toda uma collecção de cordas, tamburete, garras, torquezes, tripeças ardendo em fogo. O misero paciente tinha que supportar toda a expiação dessa malfadada tortura quando ainda não tinha que beber grandes quantidades dagua, em dozes de litros.

O fogo nos pés, o enxofre fundido derramado sobre o corpo, as agulhas na pelle, toda a sorte de torpeza e

crueldade eram o apanagio do tempo feudal, da era que que tanto deslustrou a humanidade e a assignalou no mais vicioso circulo de ferro.

Bemdigamos a renascença e o seculo XVII, bemdigamos o periodo scientifico em que floresceram todos os ramos da medicina, muito especialmente da medicina-legal.

Dahi para cá o cunho verdadeiramente scientifico fez-se sentir, perdendo o homem essa infiltração do supersticioso que o espirito do tempo lhe fazia callar na retentiva.

Como que passou a epoca da demonopathia, das Ursulinas, dos dansadores de São Guido e das convulsionarias de São Medard.

Na Europa, a promulgação da Constituição criminal de Carlos 5.º, chamada de Constituição Carolina constituio o placet do desenvolvimento da medicina legal. Essa promulgação se firma em epoca de bellissima floração da medicina.

No scenario surgem Fallope, Eustachio, d'Arantius que viveram em plena Renascença, estudando anatomia; Vesale descreve tambem por esse tempo o corpo humano.

A historia da medicina, conta os mais brilhantes capitulos de contribuição ao estudo da medicina-legal.

Por isso mesmo as universidades allemãs já por esse tempo aproveitam para a causa do ensino os conhecimentos medicos applicaveis a justiça.

Entretanto, só em 1575 foi que surgio a primeira obra de medicina-legal, cujo auctor, Ambroise Paré, chegou a chamar-se depois o pae da moderna cirurgia,

E muitos trabalhos foram posteriormente escriptos, até que no seculo XIX que foi o seculo do fogo sagrado, a medicina legal attingio ao apogeu da gloria. Na Allemanha, citam-se os nomes de Casper, de Machska, de Hoffmann, de Kraft-Ebing, de Liman, etc.

Na Italia, os nomes de Grecchio, Morselli, Tamassia, Tamburini, Ziino, Lombroso, etc.

Na França, os nomes de Orfila, Divirgie e Tardieu constituiram, na materia, a mais brilhante trilogia do seculo, preparando, por bem dizer, a grande obra de Brouardel, cujo nome encerra toda a medicina legal do seculo XX.

Na Inglaterra contam-se os nomes de Guy, Thompson, Taylor e Cristison.

E assim architectou-se a somma dos conhecimentos que fazem hoje da medicina-legal a mais poderosa guarda de nossa vida, dos nossos bens e da nossa honra.

Oxalá, escrevia eu em 1913 quando me candidatava a livre docencia deste curso, e repetia em 1917 quando em concurso para substituto desta cadeira, oxalá, repito, ainda, que se tivesse salutarmente reflectido todo esse trabalho de evolução medico-judiciaria no velho Portugal e descendentes de portuguezes, tivessemos nós herdado um seguro thesouro de disciplina medico forense.

Mas, a verdade está no reverso. Entre nós, a especialisação pericial, é ainda uma creação deficientissima, pejada de profundos vicios. Velhas usanças, oriundas do espirito portuguez gravitam em torno das pericias civis e criminaes, principalmente daquellas, na mais estupenda ausencia de codificação, a mercê de determinação do juiz que se limita, no caso, as praxes aprioristicas, aos mandos de desconnexas interpretações das Ordenações do antigo Reino e dos Acordams.

Diz Nina Rodrigues, o emerito professor que foi da

Faculdade da Bahia, cuja memoria guardo como uma reliquia sagrada, diz elle, no seu "O alienado no direito civil Brazileiro", que as ordenações que de facto regulam ainda hoje a maior parte das nossas relações de direito civil, não são nada menos que um attentado á medicina, com o seu modo de referir-se aos loucos, por vezes tratados de desassisados, sandeus, mentecaptos, furiosos.

Além disso, entre nós, por vezes a pericia é exercida por quem não tem idoneidade profissional para o cargo.

Frequentemente são cirurgiões ou parteiros, syphilographos ou occulistas, que têm que resolver complicadissimos problemas de psychiatria.

O Codigo do Processo Criminal, ahi está para proteger a incompetencia, com todo o desassombro, quando diz, referindo-se ao exame de corpo de delicto:

"Este exame será feito por peritos que tenham conhecimento do objecto e na sua falta por *pessoas de bom senso,* nomeadas pelo juiz de paz e por elle juramentadas," etc.

As leis que advieram fazem apenas alteração em materia de competencia, isto é, as attribuições outr'ora conferidas ao juiz de paz, hoje podem depender do chefe de policia, delegados e quejandas.

Não haverá portanto outro remedio: quando faltar o medico legista de creação legal, como o ha nas capitaes; quando faltarem os profissionaes de competencia, como tambem os ha em muitas cidades do interior — a justiça criminal, com todo o pezo de sua responsabilidade, tem de se basear sobre as investigações futilissimas de pessoas de *bom senso,* conforme a ingenuidade da expressão legal.

Ora, reforme-se tudo isso radicalmente, mesmo porque, a presença do medico na justiça, deve ter o incontestavel valor de um julgamento!

Direito Applicado

Consultas e Pareceres

I

"O facto de um magistrado ter jurado suspeição, por interesse particular na decisão, em um processo, importa a sua suspeição em quaesquer outras causas em que a mesma pessoa seja parte ou em quaesquer processos posteriores, instaurados contra o mesmo individuo?"

Respondo á consulta acima pela forma seguinte:

A suspeição dos Juizes pode ser declarada por elles mesmos, quando em sua consciencia se sentem suspeitos, ou ser opposta pelas partes ou alguma das partes litigantes; de um modo ou de outro ella somente tem fundamento por motivo legal.

Nem fica a exclusivo arbitrio dos Juizes se declararem suspeitos, nem ao das partes oppôrem suspeição aos mesmos Juizes.

No Civel e Commercial a materia é regulada pelo Art.º 86 do Reg.º n.º 737 de 25 de 1850, e no crime pelo Art.º 61 do Codigo do Processo de 1832, que determinam

os casos em que a suspeição é legitima; muito, porém, tem discutido Autores e Praxistas sobre si a suspeição é ou não legitima, podendo ser declarada ou opposta por outros motivos que não os alli expressamente declarados, resolvendo a controversia differentemente, conforme a suspeição é declarada pelo Juiz ou é opposta pelas partes.

No primeiro caso, a duvida tem sido resolvida no sentido affirmativo, com fundamento na Ord. do Liv. III, § 18, JURANDO o Juiz que é suspeito, mas sem declarar qual o motivo, porque si o declarar sem ser um dos estabelecidos na lei, faz-se necessaria a apreciação, não podendo valer a suspeição si o motivo não é justificavel nem justo.

Si, porém, o motivo declarado é um dos estabelecidos na lei, não são precisos, nem o juramento, nem o julgamento do mesmo.

No segundo caso, apezar das controversias que se estabeleceram, é hoje couza assentada tanto em direito como em jurisprudencia, que a suspeição só pode ser legitimamente opposta, quando assentada ou com fundamento em um dos motivos estabelecidos nos referidos artigos de lei: —Art. 86 do Regt. n. 737 ou Art. 61 do Codigo do Processo de 1832.

Ha, todavia, um ponto, nesta subtil e escabrosa materia, sobre o qual nunca houve divergencias entre Autores, Praxistas e Commentadores, e vem a ser que a suspeição deve ser declarada ou opposta em cada cauza, não sendo possivel uma declaração geral ou uma opposição geral para todas as cauzas.

E' verdade que a suspeição pode existir em todas as cauzas, por inimizade capital ou por amizade intima, ou

por parentesco em gráo prohibido, e que ella existe sempre no caso do parentesco consanguineo em gráo prohibido, pois que este motivo não desapparece nunca, como pode succeder com os outros.

Assim, como qualquer de taes motivos, salvo o parentesco consanguineo, pode desapparecer ou ter desapparecido ao se tratar da cauza ou do processo posterior, se tem entendido os dispositivos legaes no sentido, e a praxe tem sido uniforme em estabelecer, que a declaração ou a opposição de suspeição se faça em cada cauza ou processo, e somente para a mesma cauza ou mesmo processo, ainda que o motivo seja o dito parentesco consanguineo.

E si assim é nestes casos, em que os motivos da suspeição dizem respeito ás proprias pessoas do litigantes, sendo verdadeiro *impedimento* o referente ao parentesco consanguineo, antes que suspeição no verdadeiro sentido, apezar de que a lei assim classifica, com muito maior razão se deve decidir, e sempre se decidiu, em relação —ao interesse particular na decisão da câusa—, que pode existir em uma causa e não existir em outras, ainda que as partes sejam as mesmas, porquanto este motivo pode até nem se referir e, bem entendidos os termos da lei, não deve mesmo se referir ás pessoas dos litigantes, e sim aos factos ou as relações juridicas que deverão ser objecto do julgamento ou da decisão do Juiz.

Assim, o Juiz que se tiver declarado suspeito em qualquer causa ou em qualquer processo,—por ter particular interesse na decisão a ser proferida—, ainda que não declare ser a sua suspeição somente na mesma causa ou processo, não é, nem pode ser considerado suspeito, por este motivo, em qualquer outra causa ou processo posterior, si tal tambem nestes se não declarar.

II

"A viuva que contráe segundas nupcias perde o patrio poder. Perderá com este tambem o usufructo dos bens dos filhos?

A excepção do Art. 389 do Codigo Civil pode aproveitar á viuva que passa a novas nupcias?"

Respondo — SIM — á primeira pergunta, e respondo — NÃO — á segunda, pelos fundamentos seguintes:

No art. 225 do Codigo Civil se estabelece uma penalidade para o viuvo ou viuva, que casa outra vez sem ter feito inventario e dado partilha aos filhos do leito anterior. Esta pena é a *perda definitiva* do usufructo dos bens dos mesmos filhos, direito de usufructo este que é inherente ao exercicio do patrio poder.

Mas, tratando-se do viuvo, não perde elle o exercicio do patrio poder e sim apenas dito usufructo; e tratando-se da viuva, além do usufructo que perde por força do art.º 225, perde ella tambem o exercicio do patrio poder, por força do art.º 393 do mesmo Codigo.

O patrio poder ella o perde quer tenha feito inventario e dado partilha dos bens, quer não, mas o recupera si torna a enviuvar.

E como nos termos do art.º 389 do Codigo, o direito de usufructo dos bens dos filhos é inherente ao exercicio do patrio poder, a viuva, que este perde, perde tambem dito usufructo, recuperando-o si recupera o exercicio do patrio poder, mas somente no caso em que a perda do usufructo não seja determinada por força do art. 225, porque neste caso ella é definitiva. No caso do casamento ter tido logar depois de inventario e partilha, a per-

da não é definitiva e sim *temporaria*, sendo portanto antes suspensão que propriamente perda.

Assim o Codigo tratou desegualmente ao viuvo e á viuva que casam novamente, negando a esta, no mesmo caso, o usufructo que concede áquelle.

O legislador teve para isto um motivo—evitar que individuos inescrupulosos procurassem casamento com viuvas, mães de filhos ricos, para viverem do usufructo dos bens dos enteados.

III

"Qual o processo a seguir e observar nas vendas de immoveis que forem indivisiveis, nos termos do art. 632 do Codigo Civil, não estando os condominos de accordo sobre a venda respectiva?

E' o processo meramente administrativo ou se faz necessaria uma acção?"

Entendo que o processo deverá ser meramente administrativo, não contencioso, e o seguinte:

O condomino, que desejar terminar a communhão, requererá, provando a sua qualidade de condomino com titulo habil, a citação dos demais para em audiencia deliberarem todos a respeito da adjudicação ou venda do immovel commum.

N'esta audiencia, accusadas as citações, deliberarão elles, sob a presidencia do Juiz, como em assembléa. Ou se accordam ahi sobre a adjudicação, caso em que poderão terminar o negocio por escriptura publica ou requerendo o julgamento e expedição da carta; ou se accordam sobre

a venda a terceiro e assignarão a escriptura publica necessaria; ou não se accordam e neste caso o interessado requererá e o Juiz mandará proceder a venda em hasta publica, cujo processo é o mesmo antigo e já conhecido.

O edital de praça deverá declarar o valor sob que vae o bem em hasta; este valor poderá ser o deliberado pela *maioria* dos condominos ou por arbitros, como nas avaliações judiciaes, si não houver maioria de quinhões determinando um. A nomeação de arbitros ou avaliadores será na mesma audiencia.

Os condominos que não comparecerem se consideram contrarios á adjudicação e pela venda.

Dr. *Joaquim I. de Almeida Amazonas.*

A sagração de um genio

As brilhantes festas commemorativas do jubileu litterario do expoente maximo da raça latina — Ruy Barbosa. A sessão solemne na Faculdade de Direito. Os discursos. A imponente «marche aux flambeau». Os oradores. O delirio popular.

O jubileu litterario de Ruy Barbosa teve em Pernambuco brilhante commemoração.

O genio maior da raça latina recebeu do Brazil inteiro a sagração a que tem direito inconcusso pela sua acção fecunda e luminosa na defesa do direito e da liberdade.

O Brazil, homenageando o seu egregio filho, fez um acto de justiça e civismo.

Entre nós as homenagens tributadas ao grande mestre partiram da Faculdade de Direito do Recife, tendo o apoio de todas as classes sociaes.

O exmo. sr. dr. Manoel Borba, governador do Estado, feriou o dia em honra do insigne brazileiro.

Tambem o dr. Wenceslau Braz, presidente da Republica, decretou feriado em todo o territorio nacional, de 13 horas em diante.

A SESSÃO SOLENNE NA FACULDADE DE DIREITO

Com a presença de todo o mundo official, realisou-se a sessão solenne da Faculdade de Direito, ás 13 horas.

Presidiu-a o illustre dr. José Vicente Meira de Vasconcellos, director interino daquella casa, ladeado por s. exc. d. Sebastião Leme, arcebispo de Olinda e pelo dr. Joaquim Ignacio de Almeida Amazonas, orador official do corpo docente naquella solennidade.

A assistencia fina e galharda enchia litteralmente o sumptuoso salão de honra da Faculdade.

O dr. Vicente Meira fez ligeiro elogio ao glorioso homenageado, declarando aberta a sessão e dando a palavra ao orador do corpo docente.

Prendeu, então, as attenções da assistencia, durante 30 minutos, o eminente mestre, lendo o discurso, substancioso e brilhante, com que illustramos as nossas columnas.

Feito com arte, esmero e carinho, o trabalho do dr. Joaquim Amazonas é uma apotheose ao genio de Ruy Barbosa, que exaltou a assistencia num sincero extasi:

Publicamol-o aqui:

"Exmo. sr. dr. vice-director, e senhores doutores.

Exmas. sras.

Exmo. sr. Arcebispo Metropolitano.

Exmos. srs. representantes do Superior Tribunal de Justiça de Pernambuco e da Justiça Federal.

Srs. representantes dos exmos. srs. Governador do Estado e do Commando da Região Militar.

Exmo. sr. dr. prefeito do Recife.

Srs. consules das nações amigas.

Srs. representantes das Escolas e Associações aqui representadas.

Meus senhores:

A Congregação da Faculdade de Direito do Recife, associando-se jubilosa aos festejos que no Brazil inteiro se fazem pelo jubileu litterario de Ruy Barbosa, honrou a si mesma conferindo ao eminente brazileiro o titulo de seu professor honorario; e, promovendo esta solennidade em sua honra, mandou-me que a representasse e que vos dirigisse a palavra, dizendo-vos sobre Ruy.

Má escolha, meus senhores, foi a da Congregação; não vol-o digo por falsa ou mal entendida modestia, mas sinceramente, porquanto, para dizer de Ruy, eu penso que mister fôra ao orador dispôr dos dons superiores de uma palavra demosthenica, de uma eloquencia ciceronica.

Eu, os não tenho; eu os não possuo, e, portanto, sómente palavras pallidas poderei aqui vos dirigir.

Excusar-me-á a Congregação, que a ella sómente cabe a responsabilidade de, com o desatavio de minha palavra, ter diminuido a imponencia desta solennidade.

O eximio cantor, principe da rima, na lingua de Camões e Castilho, num verso lindo e castiço, disse ter pena de não ter ainda visto a capital de seu paiz, "jardim á beira mar plantado", quando escrevia o incomparavel poema pela sua liberdade; pois eu tambem nunca ouvi a Ruy, e tenho pena.

Tenho pena, porque entre as manifestações extraordinarias da egregia individualidade, se me diz e eu tenho lido, que a de orador é entre todas superior.

Como desejára, pois, ter sentido essa força de attracção que é a palavra de um orador completo; como desejára ter sentido o magnetismo de sua fulgurante palavra!

Muito tem sido discutido Ruy; nunca o ouvi, mas em compensação muito o tenho lido e meditado.

Elle mesmo, ao abrir um livro seu, repetiu a phrase verdadeira de D. Tomás de Iriarte:

> "Una impugnacion de ocho paginas me ha obligado a escribir esta Apologia que occupa um tomo; peró no lo estranará quien repare que es mui facil y mui breve llamar a alguno, por ejemplo, judio ó morisco, y que no es tan facil ni tan breve probar el offendido que es cristiano viejo. Aquelle no cuesta más que decirlo en dos palabras; y esto cuesta revolver papeles antiguos, hacer informaciones, y escribir mucho para probar la verdad."

A superioridade incontestavel de Ruy, planando elle, pela sua inteligencia, pelo seu saber profundo e extenso, muito acima do commum dos homens, fel-o discutir muitissimo, em todos os tempos e em todos os tons; para isto, muito concorreu o seu pendor para as cousas politicas, que, neste paiz privilegiado da natureza, patria nossa, occupam o melhor do tempo, ankilosando as energias da nação.

A politica, no Brazil, não respeita pessôa alguma; não respeitou tambem a Ruy; discutiu-o por todas as feições, endeozou-o como a todas as divindades pagãs, malsinou-o como aos peiores malfeitores da humanidade.

Phrases soltas, accusações de toda ordem, correram mundo, deprimindo, denegrindo ao grande brazileiro.

E como o homem, sobretudo o politico, logo tem, ou finge ter, como verdade o mal que se diz daquelles que se elevam um pouco á tona nesse oceano, que é a humanidade, distinguindo-se, por qualquer manifestação superior, do geral de seus contemporaneos, tanto mal se disse do grande brazileiro, que não uma apologia de um

tomo, mas de diversos tomos, seria necessario escrever, revolvendo um Himalaya de documentos, dos quaes consta a historia do Brazil neste ultimo meio seculo de existencia, para, perquerindo os factos em si e á luz da verdade que delles resaltasse, se poder estudar e conhecer a individualidade politica do homem, cujo jubileu litterario hoje commemoramos.

Mas... não cuidemos de politica; deixemol-a lá fóra. Eu não desejo que ella penetre neste recinto, neste templo da sciencia e do direito, e muito menos pela minha mão ou pela minha palavra, porque a politica, como as lavas de um vulcão, tudo destróe em sua passagem.

Eu temeria que ella fizesse desapparecer a justiça; porque ella tudo corrompe ou pelo menos tenta corromper, não parando mesmo nos porticos dos tribunaes, onde os potentados querem muitas vezes impôr a sua vontade em vez dos dictames do direito estabelecido pelas leis, que os verdadeiros magistrados devem e sabem sempre respeitar e ter em vista.

Deixemos a politica de lado; pensemos sómente no motivo desta solennidade; pensemos sómente na obra litteraria do egregio brazileiro.

Passou Ruy Barbosa pela Faculdade de Direito do Recife, estudante de alto valor, mas sem sobre a sua pessôa chamar demasiado a attenção. Não disperdiçava elle as suas forças, não delapidava as riquezas de seu genio, antes as conservava e enthezourava para quando, sazonados os fructos de sua intelligencia, rica e farta fosse a colheita que offerecesse ao seu paiz.

E assim foi, apezar de que a revelação se fizesse ainda como estudante, em S. Paulo, por occasião do seu discurso no banquete offerecido a José Bonifacio, o Moço,

quando, após aquella formosa e incomparavel oração com que recebeu o ministerio Itaborahy, em 1868, dissolvida a Camara, recolheu-se a S. Paulo.

Foi este discurso de Ruy, de confissão propria, a primeira producção litteraria sua que veiu á luz da publicidade, e é este o facto commemorado hoje, 50 annos depois.

Estudante, entregou-se nos tres ultimos annos de seu curso com afinco e amor ao estudo do direito e ás causas liberaes; fez-se abolicionista, fundou mesmo uma egreja maçonica, de que foi orador, e que se dedicou principalmente á causa da libertação dos escravos.

A estrella de sua vida escolhera desde então a sua orbita. Bacharelado, fez-se politico, jornalista, advogado.

Passemos pelo politico. Quando elle morrer, desapparecidos os odios, desapparecidos o ciume e a inveja dos adversarios, a historia imparcial ditará a sua sentença irrecorrivel, condemnará ou exalsará a sua acção.

Todavia, devo eu dizer que Ruy se não fez verdadeiramente grande na politica, mas em outras manifestações de sua vida.

Jornalista elle o foi e é inconfundivel. E quando cousa alguma tivesse produzido, além desse "Um homem", que elle escreveu sobre a extraordinaria personalidade do velho Domingos de Andrade Figueira, de figura epica, quando, monarchista intrnsigente, em nome dos direitos do homem declarados na Constituição da Republica, resistiu, com todas as energias de um velho romano, ás ordens illegalissimas do governo republicano,—quando Ruy nada mais tivesse produzido como jornalista, esse artigo só o consagraria PRINCIPE incontestado do jornalismo brazileiro.

Mas não foi sómente ahi, que Ruy se mostrou esse principe; os jornaes do Rio, de S. Paulo e da Bahia,

desde os tempos monarchicos, estão cheios desses lavores inimitaveis da palavra escripta, na lingua de frei Luiz de Souza e Diogo de Paiva, lavores onde se não sabe o que mais admirar: si o castiço da linguagem, ou si a extensão e profundeza dos conhecimentos; si a belleza incomparavel e o poder supremo da imaginação, ou si a logica rigorosissima do raciocinio; si a justeza dos conceitos, ou si o attractivo convincente da expressão!

O jornalismo é uma força, uma das maiores, da sociedade moderna; é uma alavanca que faz derruir imperios. A sua acção, podendo ser sempre bemfazeja, sempre constructora, é, muitas vezes, sómente destruidora: por isto a acção do jornalista mais probo pode servir de incentivo ás accusações contra elle levantadas.

Mas confessemos que Ruy, jornalista, foi sempre um doutrinador inconfundivel, um defensor imperterrito de todos os direitos e de todas as liberdades conculcadas.

Ao tempo do Imperio, Ruy chegou á Camara onde, parlamentar pujante, se distinguiu sempre como o homem superior que todos o proclamamos.

Nos seus discursos, nos seus pareceres, nos seus projectos, sobre o elemento servil, como sobre a reforma do ensino secundario e superior, como do primario, patenteou ser, além do artista da palavra, o estudioso e o conhecedor profundo das necessidades do paiz.

Revelou-se, então, o sociologo e o reformador; revelou-se aquelle que cuida não somente em demolir o carcomido edificio, de barbacans derrocadas, mas tambem de, em seu logar, erguer magestoso palacio, magnifica organisação social, a cuja sombra, progressista e liberal, se viessem abrigar todos aquelles que tivessem sêde de saber, sêde de liberdade, sêde de justiça.

Crescera-lhe já tambem a fama do advogado, do jurisconsulto, cujos trabalhos, infelizmente, não constam

de uma edição regular, mas que, esparsos embora, enriquecem as estantes de todas as bôas bibliothecas.

Orador de palavra facil, corrente, arrebatadora, Ruy Barbosa arrasta após si as multidões; servido e ajudado por uma faculdade de percepção e de retenção verdadeiramente phenomenal, nas suas justas oratorias, depois de ouvir horas seguidas ao antagonista, toma a palavra e com soberba maestria, sem deixar pedra sobre pedra da imaginada fortaleza de argumentos que se cuidou lhe antolhar, desfibra as mais brilhantes peças oratorias antepostas, descarna um a um os seus argumentos, com uma ordem, com uma exactidão tão completa na reproducção do fio do discurso a que responde, com uma riqueza de expressão, com uma logica tão formidavel, qual tacape indigena abatendo-se forte sobre a cabeça da victima indefesa, presa pela mussurana, que se póde sómente comparar a força magestosa dessa palavra electrisante, á energia gigantesca, de cuja producção são capazes as aguas calmas de nossos rios incomparaveis, quando, sentindo-se proximas de Paulo Affonso, de Iguassu' e de Santo Antonio, como que se temem do desconhecido, retrahem-se, para depois, como o jaguar de nossas florestas, se atirarem de um salto ao fundo dos abysmos, com aquelle fragor espantoso e emocionante, que somente se pode sentir ao pé duma dessas formalidaveis cachoeiras, que são Paulo Affonso, Sete Quedas e do Inferno!

O homem treme de emoção, estarrece, ante a força indomita da natureza, ao pé desses collossos de energia, sentindo quanto é pequena a sua propria força de rei da natureza; assim tambem elle treme de emoção ao ouvir uma dessas palavras ciceronicas de um Mirabeau ou de um Casimir Perier, de um Gladstone ou de um Beaconsfield, de um Nabuco ou de um Ruy!

Oh! Magia incomparavel! Oh! dom soberbo de

guiadores dos homens! de guiadores das nações! palavra facil e convincente dos oradores de raça! Que força humana haverá que te seja superior?

A sciencia e a consciencia do direito somente, porque é pelo direito e pela defeza do direito, que chegas a ser uma força digna do homem que te possue!

E esta sciencia e consciencia do direito, Ruy a tem, como ninguem, neste paiz que vae do "Atlantico aos Andes, do Rio Grande ao Pará", para usar da expressão do poeta patricio que tão bellamente cantou os poemas de nossa terra e de nossa vida!!

Foi e é dizendo o direito; foi e é doutrinando o direito, que Ruy fez de sua palavra e de sua penna a maior força, a maior energia, a maior alavanca, na defeza dos direitos e das liberdades patrias!

Primeiro, demolido o imperio, elle foi a cabeça sem a qual o paiz se não organisaria, antes cahiria na mais desbragada anarchia, com o prurido demolidor da Revolução triumphante; depois, quando reorganisado o paiz, implantado o novo regimen, se tornou o paladino das liberdades e das garantias, do militar, do paisano, arcando contra todos os desmandos, contra o despotismo das facções, e na imprensa ou nos tribunaes, defendia impavido, destemeroso de todas as ameaças, os direitos do opprimido, pobre ou rico, grande ou pequeno.

Foi então que elle presenteou as lettras juridicas do paiz com estas monographias monumentaes, que são: "Actos Inconstitucionaes", "Estado de sitio" e "Amnistia", nos quaes a belleza das expressões rivalisa com a pureza da doutrina, e em que os principios constitucionaes são esclarecidos e estudados a uma luz tão viva, que brilham no firmamento juridico brazileiro qual a herculea constellação, com a sua força irresistivel, arrastando para mundos infinitos todo o systema solar.

Mas não somente por esta face conhece elle a grande

sciencia que garante e torna possivel a coexistencia social e sim por todas as outras suas modalidades.

A economia politica e o direito administrativo; o direito civil e o direito commercial, um só ramo do direito, não tem segredos para aquella cabeça e aquella mente prodigiosas.

E no manejo de suas regras, na applicação dos seus principios, si a forma litteraria, de que usa, é incomparavel, insondavel é a profundeza dos conhecimentos revelados, infinda é a vastidão dos mesmos conhecimentos.

Por isto, ou se leia os seus já ditos "Actos Inconstitucionaes" "Estado de sitio" e "Amnistia", ou as suas estupendas petições de *Habeas-Corpus* ante o Supremo Tribunal Federal, ou os seus pareceres admiraveis sobre as mais variadas questões de direito, ou os seus arrazoados em que tem estudado e resolvido quasi todas as questões imaginaveis de direito, tudo nelles e em cada um se encontra: saber profundo do direito, saber dizer ainda mais extraordinario, si gráos de comparação pode haver quando se trata do representante maximo do genio latino na America.

Com a penna e com a palavra, e, ou na imprensa, ou na tribuna parlamentar, ou á barra dos tribunaes, tornou-se uma força tamanha que foi obrigado a tomar o caminho do exilio, de onde nos escreveu essas admiraveis "Cartas de Inglaterra"; conheceu a dôr, a nostalgia da patria, e deve ter bem comprehendido que especie de sentimentos levou para o tumulo o velho Imperador, ainda hoje, tantos annos depois de morto, banido da patria que tanto amou e engrandeceu.

Foi, certamente, na Inglaterra e no exilio, que Ruy, liberal sempre em todas as suas idéas, aprendeu melhor a amar e defender a liberdade, porque a Inglaterra é o paiz da liberdade, e é lá a terra em que o homem é verdadeiramente livre.

Restituido ao seio da patria, novamente ergueu-se cavalleiro armado para a lucta na defesa de direitos incontestados, que continuavam a ser desconhecidos...

... ...

Poucas palavras, senhores, pretendia eu vos dizer e eis que tanto tempo ha vos roubo a attenção; mas, como de Ruy dizer pouco?

Impossivel, e me perdoareis se ainda vos refiro o seu gigantesco labor litterario e juridico no Codigo Civil, que elle queria, como Teixeira de Freitas, uma obra sem as jaças, que infelizmente ainda contem, porque se não permittiu ao incomparavel artista polir e tornar a polir, como a lamina de sua espada, tinta do sangue de Hespanha, polia, e cada dia tornava a polir, o velho D. Martinho, do poema de Thomaz Ribeiro.

Mas, eis que se reune a segunda conferencia de Haya, e eis que as nações americanas são chamadas a tomar parte na grande assembléa.

Rio Branco, o emerito reivindicador das terras brazileiras, sob jugo extrangeiro, porque, como Ruy, eu entendo que não alargou elle, mas apenas restaurou as fronteiras legitimamente brazileiras, que "gloria não haveria em comprar ou conquistar territorio alheio", logo indicou a Ruy Barbosa como representante do Brazil, a Ruy Barbosa que mais tarde haveria de ditar ao mundo, nessa celebre conferencia de Buenos-Ayres, o systema verdadeiro do direito das gentes, quanto aos principios da neutralidade!

E, caminho da Europa, aquelle velhinho que, no Rio de Janeiro, encontrei tantas vezes, desacompanhado,

só, parecendo sempre friorento, sob pezado sobretudo, atravessando uma rua, ou debruçado sobre o balcão coberto de livros de uma livraria, aquelle velhinho, alquebrado pelos annos, marchou, e se apresentou no recinto do Congresso das Nações, onde o gelo e o frio apparentes desappareceram, de repente, ao calor de um idéal sublime, como o da egualdade das nações.

Pela palavra de Ruy, a voz do Brazil ergueu-se altaneira, forte e sonorosa; o seu echo reboou até os confins da terra, fez o seu circulo em todas as direcções, subiu aos pincaros dos Andes, atravessou o Himalaya, annunciando ao mundo a éra nova de sua vida.

Ruy, o pequeno velhinho, se transfigurou, se tornou o gigante, que com a clava do bom direito e a pujança de uma palavra sabia, profunda, irresistivel, bem merecendo da patria, de que foi sempre defensor extremo, como de suas liberdades, Genio latino das Americas, se transformou em defensor das liberdades de todos os povos, de todas as raças, de todos os pequenos, de todos os opprimidos.

Genio americano, foi sagrado Genio latino, mais do que isto, Genio da Humanidade!

Soberba e alcandorada Aguia de Haya, que distendestes as azas do Brazil no recinto augusto e sob ellas abrigastes o direito dos pequenos e dos fracos, mostrando ao mundo espantado que é muito maior a força do Direito que a dessas armas com que o Minotauro do Seculo XX ameaçou destruir ou subjugar a todas as nações, Ruy, a Faculdade de Direito do Recife se curva

ante a vossa Egregia personalidade, Principe do Jornalismo, Principe da Sciencia do Direito, Principe da Oratoria, Principe das Lettras, MESTRE, emfim!!!

Salve! Ruy.

Seguiu-se com a palavra o orador do corpo discente, bacharelando Mucio Leão, que leu um discurso lapidar, deslumbrando a assistencia.

E' uma peça de excepcional relevo, em que o jovem critico estuda a vida e a acção do preclaro patricio com imprevista belleza.

Terminou a sessão, com um agradecimento eloquente do dr. Meira de Vasconcellos aos presentes.

A' noite, a Faculdade esteve illuminada e exposta á visita publica.

Diversas familias ali estiveram percorrendo o sumptuoso edificio.

A's 19 horas, os academicos organisaram uma importante "marche aux flmabeaux", percorrendo as ruas principaes da cidade.

O estandarte do velho templo de Direito era ladeado pelas bandeiras das nações alliadas e seguido de centenas de balões venezianos e fogos de bengala.

A impressão era de um verdadeiro delirio, em applausos e vivas ao genio de Ruy Barbosa.

Falou na rua da Imperatriz o bacharelando Bentes de Miranda, em saudação ao sol da nossa intellectualidade.

Adiante, na praça da Independencia falou o academico Maviael do Prado, louvando o egregio cidadão, defensor da liberdade.

Na rua do Imperador, orou ainda o academico Oswaldo Lima, homenageando o genio.

Na redacção desta folha parou o prestito, sendo acclamado enthusiasticamente o nosso collega Oswaldo Machado.

E elle assomou á janella, produzindo um brilhante improviso, hymno formosissimo de saudação e sagração ao inclyto mestre do direito.

O prestito continuou voltando á Faculdade, onde, acclamado, novamente falou Maviael do Prado.

A brilhantissima passeata civica dissolveu-se ás 21 horas.

E' do seguinte theor o titulo de professor conferido pela Faculdade de Direito ao dr. Ruy Barbosa:

"A congregação da Faculdade de Direito do Recife, Estado de Pernambuco, tendo resolvido em sessão de 8 do corrente mez eleger o dr. Ruy Barbosa seu professor honorario, de accordo com os artigos 51 do Decreto n.º 11.550 de 18 de março de 1915 e 21 do respectivo Regimento Interno, e reconhecendo, assim, os excepcionaes predicados que ennobrecem tão preclaro brasileiro entre os quaes se destacam sua pujante mentalidade e uma extraordinaria cultura litteraria e juridica que já o consagraram uma verdadeira gloria nacional, mandou passar-lhe o presente diploma, que vae por todos os seus membros assignado, para que elle possa gosar das prerogativas concedidas pelo mesmo diploma.

aa) dr. José Vicente Meira de Vasconcellos, director interino, Meira Filho, secretario e a congregação dr. Laurindo Carneiro Leão, dr. Sophronio Euthychinio da Paz Portella, dr. Virginio Marques Carneiro Leão, dr. Thomaz Lins Caldas Filho, dr. Genaro L. de Barros Guimarães, dr. Joaquim Ignacio de Almeida Amazonas, dr. Hersilio Lupercio de Souza, dr. Methodio Mara-

nhão, dr. Mario de Almeida Castro, dr. Edgard Altino C. de Araujo.

—O Superior Tribunal de Justiça fez-se representar na sessão solenne da Faculdade por uma commissão composta dos exmos. desembargadores: Silva Rego, Brandão da Rocha e Samuel Martins.

(Transcripto do "Jornal do Recife", do dia 14—8—918)

Jubileu Ruy Barbosa

Realizaram-se hontem nesta capital as homenagens tributadas pela sociedade pernambucana a Ruy Barbosa, por motivo do seu jubileu litterario.

Em todo o Brazil, o egregio patricio recebeu hontem as mais brilhantes consagrações.

Pernambuco não podia quedar-se estranho a esse movimento que levou todo o paiz a glorificar os excelsos merecimentos do seu preclaro filho.

Não lhe era licito recusar o contributo das suas homenagens a Ruy Barboza.

Promoveu-as tambem, com brilhantismo e animação, associando-se assim ás festas que no Rio e em outros pontos do territorio nacional foram levadas a effeito em honra do eminente brazileiro.

O governo federal, commemorando o jubileu de Ruy Barboza, decretou feriado o dia de hontem em todo o territorio nacional, depois das 13 horas.

—Tambem o dr. Manoel Borba, governador do Estado, feriou o dia nas repartições publicas estaduaes.

—Identica resolução foi adoptada pelo dr. Moraes Rego, prefeito do Recife, em relação as repartições municipaes.

—A Associação commercial não deu expediente, conservando-se fechados os bancos nacionaes e estrangeiros

No salão nobre da Faculdade de direito, realizou-se ás 13 horas perante numerosa e escolhida assistencia, a annunciada sessão magna da congregação, commemorativa do jubileu litterario de Ruy Barbosa.

O acto revestio-se de inusitado brilhantismo.

A'quella hora, o professor dr. José Vicente Meira de Vasconcellos, director interino da Faculdade assumio a presidencia da sessão, ladeado pelos srs. d. Sebastião Leme, Arcebispo metropolitano de Olinda, e professor dr. Joaquim Amazonas, orador official da solennidade, por parte da congregação.

O provecto professor, antes de abrir a sessão, proferio a allocução seguinte:

Exmo. sr. arcebispo. Sr. representante do exmo. sr. governador do Estado. Exmos. srs. consules. Sr. representante do exmo. sr. commandante da 2.ª região militar. Exmas. sras. Meus srs.—A Faculdade de Direito do Recife não se podia conservar indifferente ao enthusiastico movimento, que despertou em toda a intellectualidade ou, para dizer com mais verdade, em toda a nação brasileira, o jubileu litterario desse grande homem que se chama Ruy Barbosa.

Dahi as festas que se tem realisado e ainda hoje se realisam na capital da Republica e no Brasil inteiro, em merecidissima homenagem a esse brasileiro, que pela sua assombrosa mentalidade, pelos seus titulos de pontifice maximo da eloquencia e das lettras e bem assim de genial jurisconsulto, além de tantos outros, tornou-se não só o idolo de sua patria, mas tambem o mais extraordinario e legitimo representante da intellectualidade de toda a America, e porque o não dizer (?), de todo o mundo civilisado.

Haya e Buenos Aires o proclamam e o seu brilhantissimo papel em todas as phases da sua vida bem o confirma.

Ruy Barbosa resume em si todas as grandezas de sua patria e até desse continente, em que, no éstro de um dos nossos mais inspirados poétas, *"fadado para as grandezas, para crescer, crear, subir..., nasce a seiva do porvir."*

Em seu cerebro, verdadeiro centro solar de um systema planetario do pensamento humano, elle reflecte a gigantesca imponencia do Amazonas e do Mississipi, a descommunal immensidade do Atlantico, a estonteante elevação dos Andes, emfim, todas as pujanças da maravilhosa natureza americana.

Ruy Barbosa, portanto, o mais inspirado apostolo do direito e da liberdade, tão grande quanto Wilson, do qual somente o separa o não ser presidente da grande Republica sul-americana, bem merece a excepcional apotheose que ora lhe é feita e em que todo o Brasil o sagra a maior de suas glorias, com os mais frenéticos applausos no estrangeiro.

Eis porque a Faculdade de direito do Recife, esta gloriosa Faculdade na phrase gentilissima da brilhante

Commissão nacional promotora das festas do jubileu, não podia deixar de associar-se a essas festas.

E' o que ella agora faz, na presente sessão solenne, em que vão ser seus orgãos, por parte do corpo docente, o talentoso e illustrado professor dr. Joaquim Ignacio de Almeida Amazonas, e, por parte do corpo discente, o joven e talentoso academico Mucio Carneiro Leão.

Está aberta a sessão.

Tenha a palavra o dr. Joaqium Amazonas."

O dr. José Vicente foi calorosamente applaudido.

Levantou-se a seguir o dr. Joaquim Amazonas.

Em nome da congregação, o illustre professor se demorou na tribuna cerca de vinte e cinco minutos.

Em seu discurso que deixou a melhor impressão no auditorio, o dr. Joaquim Amazonas se occupou da eminente personalidade de Ruy Barbosa, pondo-lhe em relevo o talento extraordinario e a immensa cultura de espirito que fazem d'elle a synthese mais brilhante da intellectualidade brazileira.

O dr. Amazonas recebeu numerosos applausos.

Depois, o sr. presidente concedeu a palavra ao talentoso bacharelando Mucio Carneiro Leão que, em nome do Centro academico de direito e do corpo discente da Faculdade, proferio um bello discurso.

—Incumbio-se de receber as altas autoridades uma commissão composta dos srs. professores drs. Virginio Marques, Caldas Filho, Octavio Tavares, Hercilio de Souza e Mario Castro.

Os demais convidados foram recebidos por outra commissão constituida pelos professores drs. Methodio Maranhão, Edgar Altino e Lins e Silva.

—Tocou durante a solennidade uma das bandas de musica da Força policial.

—O edificio da Faculdade conservou-se illuminado durante a noite das 18 ás 20 horas, em exposição á visita publica.

A frequencia foi avultada.

(*Diario de Pernambuco,* do dia 14 de Agosto de 1918)

Noticias e Analyses

Trattato teorico-pratico di diritto commerciale. Sahido das officinas de Fratelli Bocca, de Milano, achase publicado o III volume d'este magnifico trabalho do conhecido Prof. Umberto Navarrini, do Real Instituto Superior Commercial, de Roma.

Trata, em continuação, do Direito das Obrigações, em sua parte especial, ou dos contractos, a começar pelo mandato e commissão, seguindo-se, a estes assumptos, a medeiação, os chamados contractos de bolsa, os de transporte, os de seguros, e, finalmente, a cambial e o chéque.

Como tudo que é producto do maravilhoso estro de Navarrini, o volume III de seu tratado, é simplesmente extraordinario de clareza e de erudição; não precisa, pois, de recommendação.

J. A.

Il Fallimento. E' este o titulo de um volume com que, em 1917 proximo passado, o emerito Prof. Alfredo

Rocco, da Universidade de Urbino, vem de enriquecer a litteratura juridica italiana, em materia de fallencia.

Dividindo em dous titulos o seu admiravel trabalho, o sabio mestre estuda e formula no 1.º a theoria geral da fallencia, sob os pontos de vista economico, do direito privado, do processual e do direito penal; no 2.º titulo estuda então o desenvolvimento historico do *Direito da Fallencia*, desde as suas origens.

Clara, correcta e magnifica, a nova obra do sabio Rocco é digna da consulta e da meditação de todos os estudiosos do direito.

J. A.

O Direito positivo e a sociedade internacional. Sahido em 1917 das officinas graphicas de F. Alves, do Rio, o opusculo com o titulo acima condensa e reune as diversas conferencias lidas em 1904 pelo provecto Dr. Rodrigo Octavio de Laangard Menezes, nos salões da Bibliotheca Nacional do Rio de Janeiro, sobre momentosos assumptos de Direito Internacional.

Escriptas com saber e maestria, vale a pena se ler as 141 admiraveis paginas deste opusculo, dedicado pelo seu autor ao Sr. Dr. Clovis Bevilacqua, desta Faculdade de Direito do Recife.

J. A.

Pela educação nacional. 1918. *José Augusto.* E' um volume de 350 paginas, contendo uma serie de discursos pronunciados na Camara Federal por um dos

mais distinctos representantes do Rio Grande do Norte. José Augusto revela-se perfeito conhecedor do que de mais novo, de mais scientifico, se tem praticado em materia pedagogica. Allia ao saber theorico, a experiencia que no seu Estado adqueriu das questões relativas ao ensino publico. O orador disserta sobre os seguintes themas :

1.º —*Liberdade de Ensino e de Profissão*:—manifesta-se favoravel á intervenção indirecta do Estado na vulgarisação do Ensino, por consideral-a mais economica, mais democratica, mais efficaz, concorrendo ainda para estimular a iniciativa privada, da qual nos paizes anglo-saxonicos e nos Etsados Unidos, tão bons resultados se tem obtido. Pensa que a intervenção directa traz o inconveniente de ser dispendiosa e retrogada, tendo sido nefasta não só no Brazil como em outros paizes. Adepto fervoroso da *escola social* chefiada por Demoulins, elle crê que a superioridade moral, intellectual, economica, politica de um povo comparado a outros, não se explica por uma questão de methodos educativos, de processos applicados á formação da mentalidade individual e collectiva.

De pleno accordo com eminentes pedagogistas e sociologos, o orador faz da educação a pedra angular sobre que se devem elevar as democracias, e vê na decadencia do ensino entre nós, a causa principal da falta de direcção, de iniciativa, de previdencia, de organisação que de modo tão alarmante se vae accentuando na vida do paiz.

2.º *Sobre a fundação de um conselho de educação nacional*—destinado a trabalhar com os estados e os municipios pela solução definitiva do problema pedagogico, ao qual se ligam todos os outros problemas nacionaes; seria uma corporação que viria imprimir unidade e harmonia de vistas á acção educacional, tornal-a efficaz pe-

la acquisição de meios de ordem material, moral e intellectual adequados ás necessidades do ensino.

3.º *Sobre o regimen eleitoral e a educação*—é ainda o mesmo criterio que segue o illustrado deputado federal ao abordar o problema da remodelação, no Brazil, do systema de votar; descrê que nesta remodelação possam actuar as leis elaboradas nos moldes mais republicanos; pensa que o suffargio popular deverá sahir da consciencia democratica da nação, para depois reflectir-se em formulas legislativas; que isto só pode ser realizavel por "um conjuncto coordenado e systematisado de medidas educativas que fizessem revigorar os valores individuaes dando a cada homem brazileiro individualmente e, pois, á sociedade no seu todo, uma educação integral, de tal sorte que rumassemos a nossa actividade em direcção a uma severa politica de trabalho, unica em situação de transformar os nossos costumes e afastar os nossos vicios, dando-nos a noção clara do dever e a capacidade para realizarmos o esforço creador e productivo."

4.º *Sobre a união e o ensino primario*—occupa-se longamente da necessidade que ha de uma cooperação do governo federal com os dos Estados e dos Municipios afim de se vulgarizar o ensino primario até os pontos mais distantes do territorio nacional. E' a parte do livro mais rica em documentação sobre as condições da educação popular no Brazil, porque, além do historico que desenvolve em torno do assumpto, illustra-o de dados estatisticos, de quadros comparativos da vida escolar do nosso paiz e de outros sul americanos, como tambem se mostra senhor de tudo quanto a respeito se tem dito em livros, na tribuna parlamentar, em conferencias e nos jornaes.

Ao deputado José Augusto os nossos parabens pelo cunho de sinceridade dos seus discursos, que animam um pensamento unico, dominante, verdadeiro:—que os des-

tinos de um povo não se delineiam no texto de uma lei, mas na consciencia de cada creança, que a escola prepara para a vida.

J. P.

Do sujeito do Direito.—Da lesão enorme.—1918. *Spencer Vampré.*—O primeiro trabalho é uma brilhante dissertação em que o Autor põe em destaque a farta litteratura que tem suscitado a noção do sujeito do direito e as difficuldades que encontra o jurista para dar esta noção uma base scientifica.

Antes de aventurar-se a conclusões, o Autor encara o phenomeno juridico sob o duplo aspecto—subjectivo e objectivo e affirma que a despeito das differentes concepções do direito, theologica ou racionalista, historica, utilitarista ou sociologica, elle será sempre logicamente considerado uma faculdade de agir ou como norma reguladora das actividades humanas. Estuda depois as transformações do direito atravez das relações contractuaes e familiares e percebe que taes transformações giram em torno da noção do sujeito. Occupa-se largamente da theoria dos *direitos sem sujeito,* que refuta, e combate tambem a doutrina classica das pessôas juridicas consideradas como ficções, escrevendo o seguinte: "Não temos necessidade de affirmar que as pessôas juridicas são ficções de direito para dizer que ellas existem idealmente. Tambem em rigor, as pessôas physicas são ficticias, só idealmente entram nas relações juridicas, que por sua essencia mesma são ideaes."

O Dr. Spencer Vampré expõe as principaes doutrinas em voga sobre os problemas suggeridos pela natureza complexa da personalidade juridica: a de Windscheid,

de Unger, de Koeppen: a de Zitelman e de Meuren; a de Brinz e de Bekker; a das cousas personificadas de R. de La Grasserie, das queas se affasta, inclinando-se a acceitar a theoria realista de Giercke, de Jellineck, de Michoud e de outros.

Da Lesão Enorme. O Autor trata do contracto de compra e venda no direito romano: descrimina os elementos desse contracto e os define valendo-se da technica juridica em uso entre os jurisconsultos. Apoiando-se em numerosos fragmentos, estabelece a distincção entre o *pretium verum* e o *pretium justum,* referindo-se o primeiro á vontade real, não simulada, das partes contractantes; o segundo, á equivalencia dos valores entre a cousa vendida e o preço.

Finalmente entrou a apreciar a Const. 2 *de rescindenda venditione,* introduzida na codificação por Justiniano, commentada e interpretada pelos Glozadores, manifestando-se ao lado de Puetha, de Vangerow, Mainz e outros que criam que ella continha apenas uma protecção para o vendedor e não para este e para o comprador, como pensaram Gluck, Mackeldey, Warnekoening.

Em ambos os trabalhos, o illustrado Professor da Faculdade de Direito de S. Paulo revela-se um argumentador perspicaz, dotado de um vigoroso poder de synthese.

J. P.

Questão de limites. —Espirito Santo-Bahia. 1918. Vol. II.

Offertado pelo illustre Advogado do Espirito Santo, e nosso coestadano Sr. Dr. Carlos Xavier Paes Barreto, temos em nosso poder esse trabalho, enfeixado em um volume de mais de 300 paginas.

E' um trabalho de folego, completo, o do distincto advogado. Dividido em duas partes, demonstra elle na primeira, a uma evidencia que se impõe, o direito do Espirito Santo a um vasto territorio, de quasi metade do Espirito Santo, para o qual convergiram as vistas e os desejos da Bahia, alargando cada anno as suas injustas pretenções, querendo açambarcal-o, (o termo é da moda), quando sabe ser patrimonio legitimo do seu visinho do sul, usando de pretextos e argumentos absolutamente contrarios aos de que usa para não restituir a Pernambuco a comarca do Alto São Francisco, desta então provincia desannexada após a revolução de 1817 e, *provisoriamente*, annexada, 1.º a Minas Geraes, 2.º a Bahia, em castigo á rebellião pernambucana, ou, como então se disse, para evitar que o virus revolucionario tambem a attingisse; na segunda, responde e critica elle o parecer do illustrado jurisconsulto Sr. Dr. Eduardo Espindola em favor de seu estado, o da Bahia, demonstrando tambem evidentemente que não assiste razão aos defensores da Bahia, quando sustenta esta o UTI POSSIDETIS e a prescripção no seu litigio com Pernambuco e nega qualquer effeito aos mesmos no litigio contra o Espirito Santo. Grata pela offerta do precioso livro, a Revista julga de justiça o exito da causa Espirito Santense, esperando ainda que, por motivo da pendencia, a paz nacional não seja perturbada n'aquelle trecho do territorio brazileiro, como em outro já o foi.

J. A.

Principaes decisões da Congregação da Faculdade de Direito do Recife, em 1918.

I---Conferir o titulo de Professor Honorario ao Sr. Dr. Ruy Barboza.

II—Associar-se as festas do jubileu litterario do mesmo Ruy Barboza.

III---Que as gratificações pagas aos Lentes ou ao Director pelos cofres da Faculdade, estão sujeitas ao desconto do imposto de vencimentos, como se fossem pagas pela Delegacia Fiscal.

IV—Que a gratificação devida ao Vice-Director, quando em exercicio pelo impedimento do Director, a serviço no Conselho Superior de Ensino, é paga integralmente, isto é, é egual a que percebe o mesmo Director.

Lista dos Bachareis formados pela Faculdade de Direito do Recife, em Março de 1918.

Em 12 de Março

João Barreto de Menezes.

Antonio Gonçalves Rapozo.

Gabriel Felippe do Rego Barros.

Christiano Coutinho Cordeiro.

Bibliotheca da Faculdade de Direito do Recife.

Dos relatorios apresentados ao Exm. Sr. Dr. Director pelo Bibliothecario Bacharel Manoel Arthur Muniz relativas ao movimento da Bibliotheca nos annos de 1914 a 1917, destacamos as notas seguintes:

1914

Frequencia: 5.294 leitores.
Obras adquiridas: 246 em 335 volumes, sendo:
por permuta: 77 obras em 109 volumes.
por offerta: 71 obras em 92 volumes.
por compra: 61 obras em 95 volumes.
officialmente: 37 obras em 39 volumes.

1915

Frequencia: 9.905 leitores (dia e noite).
Obras adquiridas: 727 em 1082 volumes, sendo:
por permuta: 122 obras em 146 volumes.

por offerta: 427 obras em 626 volumes.
por compra: 142 obras em 274 volumes.
officialmente: 36 obras em 36 volumes.

(Excesso sobre as acquisições do anno anterior: 481 obras em 747 volumes.)

1916

Frequencia: 10.218 leitores (dia e noite).

Obras adquiridas: 310 em 499 volumes, sendo:
por permuta: 107 em 132 volumes.
por offerta: 60 em 95 volumes.
por compra: 94 em 203 volumes.
officialmente: 49 em 69 volumes.

(A diminuição das acquisições relativamente a 1915 é devida a naquelle anno se ter registrado a valiosa doação do Dr. João de Oliveira consistindo em 221 obras em 276 volumes).

1917

Frequencia: 4.212 leitores (dia e noite-.
Obras adquiridas: 202 em 373 volumes, sendo:

por permuta: 31 em 60 volumes.
por offerta: 34 em 38 volumes.
por compra: 117 em 206 volumes.
officialmente: 20 em 9 volumes.

TOTAL RELATIVO AOS ANNOS DE 1914 A 1917

Frequencia: 29.629 leitores (dia e noite).
Obras adquiridas: 1485 em 2289 volumes, sendo:
por offerta: 592 em 851 volumes.
por permuta: 337 em 447 volumes.
por compra: 414 em 778 volumes.
officialmente: 142 em 213 volumes.

A Bibliotheca recebe, alem de diversos jornaes, as revistas seguintes:

Por assignatura:

Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal, dirigida pelo Dr. Antonio Bento de Faria.—Rio de Janeiro;

Revista do Supremo Tribunal Federal.—Rio de Janeiro;

Revista Juridica, dirigida pelo Dr. Rodrigo Octavio. —Rio de Janeiro;

Manual do Codigo Civil, dirigido pelo Dr. Paulo de Lacerda. Rio de Janeiro;

Brazil Agricola. Rio de Janeiro;

Selecta. Rio de Janeiro;

Revista do Brazil. S. Paulo;

Révue Bibliographique, Paris;

Mémorial de la librairie française. Paris;

Révue philosophique. Paris;

L'économiste français. Paris;

Larousse mensuel illustré. Paris:

Révue pénitentiaire et de Droit Penal. Paris;

Bulletin de la Societé de Législation Comparée. Paris;

Révue Internationale de Sociologie. Paris;
Révue Politique et Parlementaire. Paris;
Rivista del Diritto Commerciale. Milano;
Rivista Penale. Roma;
Rivista di Diritto e Procedura Penale. Milano;
La Scuola Positiva. Milano.

A titulo gratuito:

Boletim mensal do estado-maior do exercito. Rio de Janeiro;
Boletim mensal de estatistica demographo-sanitaria. Rio de Janeiro;
Boletim hebdomadario de estatistica demographo-sanitaria. Rio de Janeiro;
Revista Syniatrica. Rio de Janeiro;
Mocidade. Rio de Janeiro;
Sciencias e Letras. Rio de Janeiro;
O Theosophista. Rio de Janeiro;
Révue franco-brésilienne. Rio de Janeiro;
Revista maritima brazileira. Rio de Janeiro;
Boletim telegraphico. Rio de Janeiro;
Archivos do Jardim Botanico. Rio de Janeiro;
Archivos do Museu Nacional. Rio de Janeiro;
Boletim Policial. Rio de Janeiro;
A Lavoura. Rio de Janeiro;
D. Quixote. Rio de Janeiro;
Revista da Academia de Letras. Rio de Janeiro;
A Epoca. Rio de Janeiro;
Boletim bibliographico da Bibliotheca Nacional. Rio de Janeiro;
Boletim de Agricultura. S. Paulo;
Revista Pharmaceutica. S. Paulo;
Boletim do departamento estadual do trabalho. S. Paulo;

Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo. S. Paulo;

Revista do Centro de Sciencias, Letras e Artes de Campinas. Campinas, S. Paulo;

Revista da Escola Normal de S. Carlos do Pinhal. S. Carlos do Pinhal, S. Paulo;

Revista Forense. Bello Horizonte;

Egatéa. Porto Alegre;

Revista da Faculdade de Medicina. Porto Alegre;

Revista Academica. Curitiba;

Jornal de Medicina. Recife;

Boletim da Associação Commercial. Recife;

Revista do Instituto Archeologico e Geographico Pernambucano. Recife;

A Evolução Medica. Recife;

Expositor. Garanhuns, Pernambuco;

Revista do Instituto dos advogados. Natal;

Revista do Instituto Historico e Geographico. Natal;

Revista do Instituto do Ceará. Fortaleza;

Archivos da Universidade. Manaus;

Boletim Mensual del Museo Social Argentino. Buenos Aires;

Boletin Bibliografico anexo al del Museo social Argentino. Buenos Aires;

Revista de la Universidad Nacional. B. Aires;

Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires;

Anales de la Academia de filosofia y letras. Cordoba, Argentina;

La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Montevidéo;

Revista de Derecho y Ciencias sociales. Montevidéo;

Anales de la Universidad. Montevidéo;

Anales de la Universidad. Santiago de Chile;

Queen's Quarterly. Canadá;

The Annals of the American Academy of Political and Moral Sciences. Philadelphia, U. S. A.;

Boletim da União Pan-Americana. Washington. U. S. A.;

Revista de Legislação e Jurisprudencia. Coimbra;

Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra;

Anais do Notariado Português. Porto;

Gaceta del Notariado. Madrid;

Archivios de Terapeutica. Barcelona;

Boletim Salesiano. Torino;

Ekinimisk Tidskrift. Upsala.

Bernardino Alimena

Representa uma incalculavel perda para as lettras juridicas o desapparecimento do grande criminalista italiano, Professor Bernardino Alimena.

Entre os corypheus das modernas correntes doutrinarias, no dominio do direito criminal, Alimena avultava pelo talento e por uma illustração, como só a possuiram tamanha, neste ramo de conhecimentos scientificos, um Romagnosi, um Carrara ou um Enrico Ferri.

Depois de haver conquistado nome invejavel na advocacia, entrou o sabio jurista, ainda muito joven, na immensa pugna travada em torno da renovação das theorias juridico-criminaes, tomando posição de vanguarda entre os reformadores, mas alistando-se de preferencia ao lado dos adeptos do *naturalismo critico* ou *terceira escóla penal*, em que figuram pensadores, juristas e sociologos da elevação de Colajanni e Carnevale, Lacassagne e Gabriel Tarde, Prins, Van-Hamel e Frantz von Lizst.

A sua reputação obteve justa e unanime consagração no mundo scientifico depois do apparecimento do

seu livro sobre *La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata,* publicado em 1887, em Turim, obra em que elle estuda, com a maior profundeza, systematisando os trabalhos de Holtzendorf e Mancini, o problema da *premeditação,* demonstrando o erro das legislações penaes, que a consideram como a circumstancia qualificadora por excellencia do homicidio, deixando de indagar da natureza dos motivos que impulsionaram o criminoso.

Não se limitou, porém, a este livro magistral a contribuição de Alimena para a criminologia. Vastissima é a lista das suas obras, das suas publicações em revistas scientificas, opusculos, commentarios das leis penaes, discursos nos congressos internacionaes de anthropologia criminal e sciencia penitenciaria, etc.

As universidades italianas disputaram o seu professorado, e elle ensinou o direito criminal e processo penal nas universidades de Cagliari e de Napoles, sendo ultimamente professor na de Modena.

As prelecções inauguraes dos seus cursos attingiram, pela superioridade dos conceitos scientificos e pela eloquencia fulgurante, á perfeição e á belleza das famosas licções sobre a pena de morte proferidas pelo grande Carmignani, que attrahia para o derredor de sua cathedra os homens mais illustres da Europa, avidos de ouvir a palavra de um mestre incomparavel.

Entre as mais notaveis producções de Alimena, urge citar a obra intitulada---*"I limiti e i modificatori dell' imputabilitá"*, em tres grandes volumes, monumental trabalho em que é exhaurida uma questão, que, como elle o affirma, *"não é somente um problema do direito, mas egualmente um problema da psychologia, da ethica, da educação, da arte e da vida."*

Seguem-se: *"La reprensione giudiziale e la sospen-*

sione della pena, 1888; *Le projet du nouveau Code pénal italien,* 1888; *Il Congresso penitenziario internazionale di Pietroburgo,* 1890; *Il giudizio di accusa nella legislazione ingleze,* 1890; *La legislation comparée dans ses rapports avec l'anthropologie, l'ethnographie et l'histoire,* 1890; *La riforma del giudizio d'accusa,* 1891; *Le droit pénal de l'Italie, de l'Erythrée et de la Republique de San Marino,* 1894; *La scuola critica di Diritto penale* 1894; *Il delitto nell'arte,* 1891; *Gli studi del Diritto penale, nelle condizioni presenti del sapere,* 1890; *Imputabilitá e causalitá,* 1904; *Del concorso di reati e di pene,* 1904; *Note polemiche intorno alla teoria dell'imputabilitá,* 1906; *Dei delitti contro la persona,* 1908; *Principii di Diritto penale,* a sua ultima obra, da qual o terceiro volume, si foi publicado, ainda não é conhecido entre nós.

Mas Alimena não se notabilisou somente como scientista. O seu conhecimento perfeito da litteratura classica e da litteratura moderna, assim como o seu estylo primoroso e elegante, que prende e encanta a quem o lê, deram-lhe incontestado direito de figurar entre os mais brilhantes escriptores da sua epocha.

Não pretendemos neste ligeirissimo trabalho fazer um estudo de uma individualidade tão vasta, como a do criminalista italiano.

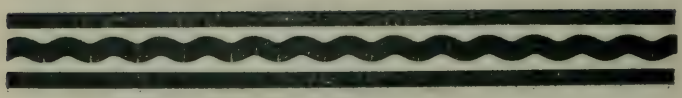
E' uma simples noticia necrologica que aqui traçamos, unicamente para dar a conhecer o grande pesar que causou aos redactores da Revista de nossa Faculdade a perda, para a sciencia do direito, de um dos seus mais gloriosos cultores na actualidade.

Alimena foi surprehendido pela morte na plenitude do seu vigor intellectual, quando ainda muito podia dar á sciencia que professava. A familia encontrou-o morto na vasta bibliotheca, onde elle se entregava aos seus es-

tudos predilectos. Foi fulminado, pois, como um atleta antigo: no meio da arena e em pleno combate.

Em nome da redacção desta Revista, testemunhamos a nossa magua pelo desapparecimento desse egregio criminalista, filho da fecunda Italia, a patria do direito criminal, a portentosa creadôra do genio de Beccaria e de Cesare Lombroso.

Dr. Octavio Tavares.



Louis Renault

Em Paris, de cuja Faculdade era Professor emerito, falleceu repentinamente, em Fevereiro do corrente anno de 1918, o egregio e sabio Louis Renault.

Jurisconsulto em toda a extensão do termo; advogado admiravel, pelo seu saber, pelo seu amor ao *métier*, pelo zelo da profissão; internacionalista como poucos, dos mais profundos e mais completos, Louis Renault, que de collaboração com o eminente Lyon-Caen, é o autor de um dos mais extensos e importantes tratados de DIREITO COMMERCIAL, até hoje publicados, obra coroada pelo Instituto de França, tendo ainda sido o grande representante da França(nas conferencias de Haya para a unificação do Direito Cambiario mundial, deixa, com sua morte, um vacuo imprehenchivel no mundo juridico latino.

Conhecedora e admiradora dos meritos e da obra do grande mestre agora desapparecido, a *Revista Academica* envia seu pezar a nação e ás letras juridicas Francezas; lamentando ao mesmo tempo a perda irreparavel que soffreu a Sciencia do Direito.

INDICE

Clovis Bevilaqua. — Da Restituição da posse por ordem do juiz funccionando administrativamente 3
Dr. Octavio Tavares. — Dr. Joaquim Tavares... 12
Dr. Hersilio de Souza. — Ubi lex non distinguit 17
Dr. Joaquim I. de Almeida Amazonas. — Commercio e Romanismo 28
Methodio Maranhão. — Direito Formulario..... 37
Dr. Joaquim Pimenta. — As suggestões da força 52
Dr. Edgar Altino. — Lição de abertura do curso de Medicina Publica 71
Sergio Loreto Filho. — Navio e navegação internacional 81
Dr. Odilon Nestor. — Direito internacional privado 97
Antonio Ignacio de Barros Ribeiro. — Leis de guerra 113
Dr. Lins e Silva. — Lição inaugural de abertura de curso de Medicina Publica 123

Dr. Joaquim I. de Almeida Amazonas. — Direito applicado..... 133
A sagração de um genio..... 139
Jubileu Ruy Barbosa..... 153
Noticias e analyses..... 158
Principaes decisões da Congregação da Faculdade de Direito do Recife em 1918..... 165
Lista dos bachareis formados pela Faculdade de Direito do Recife, em Março de 1918..... 167
Bibliotheca da Faculdade de Direito do Recife 169
Necrologias..... 175-179

K
A1R2975
anno 24-
26

Recife, Brazil. Faculdade de Direito
Revista academica

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY